PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA
16

ALFREDO ROCCO

LE SOCIETÀ COMMERCIALI
IN RAPPORTO AL GIUDIZIO CIVILE

CASA EDITRICE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO - 1962

*

RISTAMPA INALTERATA
DELLA PRIMA EDIZIONE (1898)

*

(1962) Soc. Tip. « Multa Paucis » - Varese, via G. Gozzi, 29

Nella ricorrenza del XXV anniversario della morte di Alfredo Rocco, immaturamente scomparso il 28 agosto 1935 a soli sessanta anni, la Facoltà giuridica romana, che lo ricorda tra i suoi Maestri più insigni, ha deliberato di onorarne la memoria promuovendo, tra l'altro, la ristampa di talune sue opere significative e oggi difficilmente reperibili: Le società commerciali in rapporto al giudizio civile, *Torino, 1898;* La sentenza civile, *Torino, 1906;* Il fallimento, Teoria generale e origine storica, *Torino, 1917.*

Le tre opere, che compaiono ora nella collezione delle pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma, per i tipi dell'editore Giuffrè, recano il segno inconfondibile del vigore e della linearità del pensiero di Alfredo Rocco, portato per vocazione alla costruzione sistematica, ma aperto nello stesso tempo ai problemi della formazione storica e della funzione pratica del diritto.

Forse qualche punto delle tre opere può apparire non del tutto aderente alla evoluzione dogmatica degli istituti, quale risulta dallo stato più recente della dottrina. Ma la Facoltà ha ritenuto opportuno che le opere siano ristampate nella edizione originale senza aggiornamenti, neppure bibliografici, affinchè esse possano essere meglio giudicate come espressione di un momento storico, uno dei più felici, della scienza giuridica italiana.

Chi voglia avere un'idea complessiva del pensiero giuridico di Alfredo Rocco dovrà certo tener presente anche le altre sue opere: l'ampia monografia sul « Concordato nel fallimento e prima del fallimento », *Torino, 1902; i fondamentali* « Principi di diritto commerciale », *Torino, 1928 e i due ricchi volumi di* « Scritti-giuridici », *Roma, 1933. Ma di queste opere è stato ritenuta meno urgente la ristampa, perchè esse sono ancora relativamente reperibili.*

L'alta fama di giurista, di scienziato e di maestro, a cui Alfredo Rocco ha sempre tenuto più che a qualsiasi altro onore, resta consegnata al complesso delle sue opere che quantunque direttamente dedicate al diritto commerciale e processuale, hanno lasciato profonde impronte anche nella teoria generale del diritto.

Roma, 31 dicembre 1960

ALBERTO ASQUINI

PREFAZIONE DELL'AUTORE ALLA PRIMA EDIZIONE

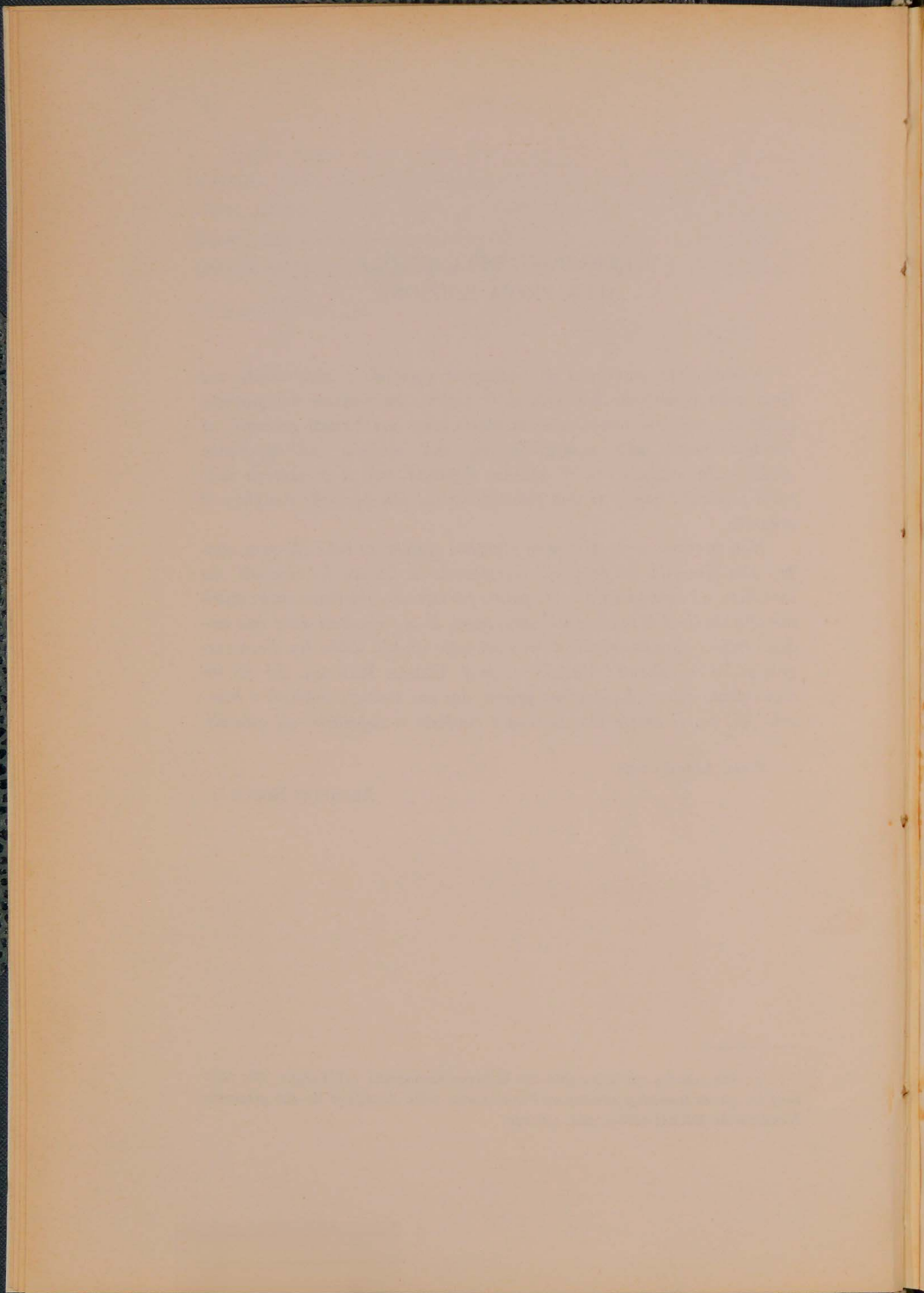
Nell'assoluta mancanza di trattazioni complete e sistematiche sul tema della condizione giuridica delle società commerciali nel giudizio civile (1), *studiato sempre frammentariamente nei trattati generali, ed incidentalmente nelle monografie, in una materia, nell'apparenza arida, nella sostanza irta di continue difficoltà, non si presentava certo come facile il compito di una ricostruzione al più possibile completa ed organica.*

Non presumo certo di esservi riuscito, giacchè so bene che non sempre alla sincerità dei propositi corrisponde la felicità dei risultati, ma sarò lieto, ad ogni modo, se avrò potuto portare un contributo anche minimo allo studio dell'interessantissimo tema. E se i risultati delle mie modeste fatiche saranno giudicati non del tutto inutili, debbo fin d'ora ringraziare il mio illustre Maestro, il prof. ULISSE MANARA, *dal cui insegnamento dotto e lucidissimo prima, dai cui consigli sapienti e benevoli poi, trassi amore alla scienza e conforto a superarne gli ostacoli.*

Roma, febbraio 1898.

ALFREDO ROCCO

---

(1) Non conosco sull'argomento che la breve monografia dell'ECCIUS, *Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozesspartei*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXII (1886), pag. 1 e segg.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Argomento del presente lavoro. Sua importanza scientifica e pratica. — 2. Il carattere commerciale delle società nel nostro codice di commercio. — 3. Il carattere commerciale nel diritto costituendo.

1. L'importanza, veramente singolare, che hanno assunto, nell'organizzazione odierna dell'industria, del commercio, del credito, quelle potenti riunioni di capitali che sono le società commerciali; la cura minuziosa con cui i legislatori di tutti i paesi si affaticano a disciplinarne la costituzione, la vita, lo scioglimento, il graduale processo storico per cui le società di commercio sono venute assumendo i caratteri di organismi a sè e per sè viventi, rendono oltremodo interessante lo studio del modo con cui la legge e la scienza hanno provveduto perchè i diritti che esse hanno e che dalla loro esistenza e dalla loro vita derivano abbiano la loro pratica attuazione per opera del magistrato. Ma per potersi accingere a tale studio è necessario risolvere una grava questione preliminare, da cui — si può dire — dipende tutto il problema riguardante i giudizi delle società commeriali. Intendo parlare del grave e ponderoso problema della *personalità giuridica* di tali società. Perchè se si considerano le società di commercio come enti a sè, indipendenti e distinti dalle persone dei soci, esse dovranno comparire in giudizio in proprio nome ed in proprio nome condurre tutte le fasi del procedimento. Se invece si considerano come semplici collettività non distinte dalle persone dei soci, questi dovranno sempre figurare nel giudizio, legati solo dal vincolo contrattuale che li rappresenta come una *universitas*, ma come una *universitas* non personificata. Risolta dunque questa, che è la questione fondamentale del nostro problema, tutto il resto riceverà luce da essa, e ci sarà così assai facile, qualunque sia la soluzione che daremo alla questione, il seguire la società come ente, oppure i singoli soci

costituiti in collettività non personificata, attraverso le varie fasi del procedimento civile.

2. Prima di addentrarci nello studio del modo con cui le società di commercio figurano nel giudizio civile, è necessario risolvere una questione, dirò così, pregiudiziale, la quale riguarda il criterio distintivo tra le società commerciali e quelle civili.

È naturale infatti che prima di studiare i rapporti che corrono tra la società di commercio e il diritto giudiziario civile, noi ci domandiamo quando è che ci troviamo di fronte ad una società di commercio, e quando ad una società civile. Dire della grande importanza di questa distinzione in ordine al diritto materiale mi sembra inutile; essa equivale a quella che è necessario fare, riguardo alle persone fisiche, tra commercianti e non commercianti (1), ma una importanza speciale essa assume per ciò che riguarda il diritto processuale. In primo luogo, rispetto alla competenza; infatti le azioni personali e le azioni reali sopra beni mobili derivanti da atti intrapresi per conto di una società commerciale dal suo istitore o rappresentante fuori della sede sociale possono proporsi dai terzi dinnanzi all'autorità giudiziaria del luogo dove si esercita il commercio, o risiede l'istitore o il rappresentante (art. 872 Cod. di comm.). In secondo luogo, rispetto alla citazione. Mentre infatti chi vuol rivolgersi al giudice per ottenere la condanna di una società civile, deve notificarla a tutti i soci personalmente, chi conviene in giudizio una società di commercio basta che la notifichi a chi la rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale. In fine rispetto alla prova della esistenza, dello scioglimento, e, in genere, di tutto ciò che riguarda lo stato personale della società, giacchè mentre per le società di commercio sono ammesse le deroghe che l'art. 44 apporta al diritto civile, per le società civili debbono seguirsi le norme più rigorose del diritto comune. Ma più di tutto è importante la distinzione per quel che riguarda la personalità giuridica, — in cui come vedremo — esiste una grave differenza, secondo il nostro diritto positivo, tra le società di commercio e le società civili.

Il codice francese (art. 18) non fornisce alcun criterio distintivo fra società civili e società commerciali e così pure il codice germanico

---

(1) Lyon Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, Paris, 1890, II, n. 89.

(art. 4) (2). Il codice nostro invece, dopo aver detto all'articolo 9 che sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le *società commerciali*, spiega all'art. 76 che le società commerciali sono quelle che *hanno per oggetto uno o più atti di commercio*. Questa definizione non è certamente esatta. Se con essa il legislatore ha voluto dire che commerciali sono quelle società che hanno per iscopo, che si propongono, uno o più atti di commercio, ha detto cosa che non ha senso alcuno, perchè, come bene osservava il PESCATORE nelle discussioni fatte sul progetto di codice al Senato, non può darsi vera e propria società per l'esercizio di un solo atto di commercio, ma al più una associazione in partecipazione (3). Se invece ha voluto far rientrare nella categoria delle società commerciali tutte quelle che, nel fatto, esercitano uno o più atti di commercio, ha detto ugualmente cosa inesatta, perchè anche una società civile può esercitare uno o più atti di commercio senza diventare per questo commerciale, come non diventa commerciante colui che pone in essere anche una serie abbastanza notevole di atti di commercio (4). L'art. 76 quindi non deve intendersi nè nell'uno, nè nell'altro senso ma piuttosto avendo riguardo a quello che il legislatore stesso ha stabilito quanto alla qualità di commerciante, ponendolo in relazione colle disposizioni del codice civile che riguardano il contratto di società. La società commerciale è dunque una società, in cui lo scopo del guadagno, comune anche alle società civili (art. 1697 cod. civ.) è raggiunto (o i soci si propongono di raggiungerlo) mediante l'esercizio abituale di atti di

---

(2) Del cod. di comm. germanico è stata di recente pubblicata un'altra edizione, in cui sono riunite in testo unico tutte le leggi che modificano l'*Allgemeine deutsche Handelgesetzbuch* del 1871. Tuttavia, nel testo continuerò a citare gli articoli secondo la numerazione del *codice generale*, il quale è quello che corre per le mani di tutti, e a cui si riferiscono tutti i commentari e trattati di diritto commerciale germanico sin qui usciti, riservandomi però di notare volta per volta la corrispondente numerazione del nuovo testo del 10 maggio 1897.

(3) *Discussioni al Senato* in CASTAGNOLA e GIANZIANA, *Il nuovo codice di commercio commentato: Fonti e motivi*, Torino 1883, I pag. 332. Il PESCATORE osservava che per quanto si parli di un solo atto di commercio (così, per esempio, nel caso di due o più subappaltatori che prendono in società il subappalto di costuire un tronco speciale di ferrovia) questo atto di commercio si deve sempre svolgere in una serie successiva di altri atti di commercio, vale a dire in un *esercizio commerciale*.

(4) LYON CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, II, n. 93 e la numerosa giurisprudenza ivi citata.

commercio (5). Quindi nel nostro diritto positivo la forma assunta dalla società e la qualifica datale dai soci si devono ritenere come del tutto ir- rilevanti (6).

3. Su questa soluzione non mi pare possa cader dubbio in diritto positivo nostro, in cui abbiamo l'art. 229 del cod. di comm. il quale restringe alle sole società civili costituite nella forma delle società per azioni l'applicazione delle norme del codice di commercio, e da queste eccettua le norme che riguardano il fallimento e la competenza. Questa stessa disposizione così ristretta e limitata esclude necessariamente che le altre specie di società civili, costituendosi in forma commerciale, possano andar soggette alle disposizioni della legge commerciale.

In diritto costituendo la questione è più grave. La Commissione infatti incaricata di studiare le riforme da apportarsi al codice di commercio proponeva recentemente di estendere a tutte le società le disposizioni dell'art. 229, il quale dovrebbe essere così formulato: « Le società civili che assumono caratteri indicati nell'art. 76 sono sottoposte a tutte le disposizioni dettate dal presente codice

---

(5) LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 92, e anche VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* Torino 1893, I, n. 273, che definisce le società commerciali come persone giuridiche costituite mediante contratto allo scopo di speculare col patrimonio conferito dai soci esercitando atti di commercio. Dal che si rileva che — secondo il VIVANTE — l'esercizio degli atti di commercio deve essere il principale, se non l'esclusivo mezzo di speculare. Cfr. GOLDSCHMIDT nella *Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft* IV, I, p. 57, II, pag. 36. LASTIG, *Die Handelgesellschaften* nell'*Handbuch* di ENDEMANN, Leipzig 1884, I, § 74, n. 3. VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, Paris 1892-94, I, n. 5. Quindi, per considerare come commerciale una società, non basta che essa si proponga uno scopo di guadagno in genere, ma deve invece essere suo scopo l'esercizio vero e proprio del commercio. Cfr. App. Genova, 7 gennaio 1887. *Temi Veneta*, 1887, 138.

(6) LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 92. BOISTEL, *Cours de droit commercial*, Paris, 1884-87, n. 165 *bis*. TROPLONG, *Sociétés*, n. 27, e segg. e la giurisprudenza ivi citata. LABBÉ, nel *Journal du Palais*, 1868, pag. 1226, *Relazione* MANCINI, in CASTAGNOLA e GIANZANA, I, pag. 624. App. Lucca, 12 gennaio 1871, *Annali della giur. ital.* 1871, II, 50. Trib. di comm. di Bologna, 20 gennaio 1881, *Rivista giur. di Bologna*, 1881, 62. App. Venezia, 7 gennaio 1887, *Temi Veneta*, 1887, 138. App. Venezia, 21 febbraio 1888, *Temi Veneta* 1888, 130. App. Brescia, 29 dicembre 1888, *Foro ital.* 1889, I, 414. Trib. Genova, 4 dicembre 1894, *Giurista*, 1894, 632, il quale stabilì che le cooperative sono civili o commerciali *secondo la natura civile o commerciale delle operazioni che ne formano l'oggetto costante*. Trib. Bologna, 12 novembre 1895. *Foro ital.* 1896, I, 412.

per le società commerciali » (7). Con questa proposta la Commissione ha inteso di dare una soluzione più logica alla questione, allargando a tutte le forme di società commerciale e a tutte le disposizioni del codice di commercio la norma dell'art. 229. Questa infatti sancisce un sistema ibrido, di cui non possono essere contenti nè i fautori dell'una, nè quelli dell'altra dottrina. Come dice benissimo l'illustre VIVANTE (pag. 194) « non si può scindere la legge in due parti, pigliarsi ciò che essa presenta di vantaggioso, come la personalità giuridica e il credito inerente a una responsabilità giuridica e il credito inerente a una responsabilità solidale, senza subìre l'impero di tutte le sanzioni civili e penali che sono destinate a prevenire gli abusi ».

Ciò posto, prima di entrare nel merito della questione, credo necessaria una osservazione preliminare. E l'osservazione è questa. Dire che le società civili costituite nelle forme e coi caratteri che il codice di commercio assegna alle società commerciali, sono sottoposte alle disposizioni del codice stesso, val quanto dire che le società costituite in quella forma e con quei caratteri sono società commerciali? Veramente, a me sembra di no. Perchè una società sia commerciale non basta che sia regolata dal codice di commercio: è necessario che di *fronte a tutta la legislazione sia* considerata come commerciale. Ognuno sa che il codice di commercio non racchiude tutto il diritto commerciale, e che vi sono altre disposizioni di legge, all'infuori del codice di commercio, che si occupano delle società commerciali. Vi sono ad esempio le leggi fiscali, vi è il codice di procedura civile che se ne occupano. Ora dire che una società è regolata dal codice di commercio, non mi pare sia lo stesso che dire che la società è commerciale. Anche la Commissione dunque, messasi sulla via di dichiarare la commercialità di tutte le società costituite nelle forme dell'art. 76, avrebbe dovuto dire senz'altro che esse sono considerate come società commerciali.

Entrando poi nel merito della questione, molti negano che la forma assunta dalla società e la qualifica datale dai soci possa determinare il carattere civile o commerciale della società stessa, e ciò per la ragione che, come un individuo non può attribuirsi la qualità di commerciante per sola forza della sua volontà, ugual-

---

(7) VIVANTE, *Relazione della Sottocommissione incaricata di proporre la riforma al titolo delle società commerciali* nella *Giurispr. ital.* 1895, V, 195.

mente la qualità di commerciale all'ente sociale non può esser data per mezzo di un atto arbitrario della volontà (8).

Questa ragione non mi sembra convincente. Non si tratta già di attribuire il carattere civile o commerciale alla società secondo che piaccia ai soci di chiamarla civile o commerciale; se così fosse avrebbero ragione i sostenitori di questa dottrina; si tratta invece di vedere se le società che assumono la forma delle società commerciali, e per conseguenza i caratteri di tali società, con tutte le conseguenze che da essi derivano ai soci rispetto alla responsabilità, alla solidarietà, al fallimento, alle sanzioni penali, etc. etc., debbano per tutti gli altri effetti considerarsi come commerciali. E posta così la questione, non mi pare si possa rispondere che affermativamente. Sta bene che assumere quei determinati caratteri dipende dalla volontà dei soci, ma non dipende forse dalla volontà del cittadino l'esercitare o no atti di commercio per professione abituale, assumendo cosi il carattere di commerciante?

Quello che piuttosto mi pare sia a notarsi in questo argomento è che non bisogna confondere la commercialità *formale* colla commercialità *materiale* (9). Se si adotta infatti il criterio della commercialità *formale*, dovremmo dire che sono commerciali tutte le società costituite nelle forme e coi caratteri indicati dal cod. di comm. Se si adotta invece il criterio della commercialità *materiale* dovremmo dire che sono commerciali quelle società in cui il guadagno è raggiunto (o si propongono i soci di raggiungerlo) mediante l'esercizio abituale di atti di commercio. La questione, dunque, in ultima analisi, si riduce a vedere, quale dei due criteri sia da adottare di preferenza. E allo stato attuale della scienza non mi pare dubbio che il sistema della commercialità *materiale* sia da preferisi. Anzitutto, esso è il sistema che la legge (art. 8) ha adottato per le *persone commercianti*. Come dice infatti benissimo il VIVANTE «si acquista la qualità di commerciante per virtù della legge coll'esercizio abituale di atti di commercio. Per divenirlo *non c'è bisogno di alcun requisito formale*: nè della iscrizione in un pubblico registro, nè di un esame, nè di una patente governativa... » (10). Non si saprebbe perciò vedere la ragione di un diverso trattamento per le *società*

(8) LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 92.

(9) Cfr. KUNTZE, *Prinzip und System der Handelsgesellschaften* nella *Zeitschrift für d. ges. Hand.* VI (1863), pag. 188.

(10) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 67.

commerciali. Del resto la tendenza generale odierna è contro la determinazione di forme e tipi precisi di società commerciali, ma piuttosto per lasciarne la costituzione e la forma alle libertà delle parti ed allo sviluppo della industria commerciale che nel suo vertiginoso evolversi, non può essere costretto entro i limiti angusti di alcune forme rigorose e determinate (11).

---

(11) Contro BONELLI, *Appunti sul fallimento delle società commerciali. Nota a proposito di un recente lavoro di* A. SRAFFA. Estratto dalla *Rivista ital. per le scienze giuridiche*. Torino 1897, pag. 4. Cod. spagnuolo art. 116. VINCENS, *Législation commerciale*, Paris 1837, I, pag. 353. BEDARRIDE, *Sociétés* n. 94 e segg. Anche nella giurisprudenza, ed a proposito del diritto vigente, è stata qualche volta, ma erroneamente, mi pare, affermata la opinione che la commercialità nelle società dipende dalla sola forma che esse assumono. Così Cass. Torino 10 agosto 1867, *Annali* 1867, I, 347. Cass. Firenze 9 agosto 1871, *Annali*, 1871, I, 262. Cass. Torino 5 settembre 1883, *Giur. Tor.* 1883, 1054 App. Genova 29 novembre 1886, *Foro ital.* 1887, I, 239. App. Genova 26 gennaio 1894, *Temi genovese* 1894, 111. Una opinione intermedia è stata emessa da LYON CAEN et RENAULT, *Traité* II, n. 94, i quali vorrebbero che le norme dettate dal codice di comm. relativamente alla *forma* fossero comuni anche alle società civili costituite in una delle forme proprie delle società commerciali, restando proprie alle sole società di commercio tutte quelle norme che riguardano la natura delle loro operazioni, ed il loro stato di commercianti. Ma queste distinzioni tra norme riguardanti la *forma* e quelle riguardanti la *sostanza* della commercialità mi sembra poco fondata, ed anzi, mi sembra che costituisca una vera contraddizione in termini. Tutte le norme infatti che disciplinano la forma delle società commerciali hanno di mira esclusivamente la garantia dei diritti dei terzi (cfr. PERRONE, *La garentia dei terzi in materia commerciale*, Napoli, 1896, pag. 102) e quindi non possono assolutamente andar disgiunte dalle norme disciplinanti la sostanza delle loro operazioni, e dal loro stato. Perchè non si possono concepire regole dirette a garantire rapporti che in realtà non esistono.

TITOLO PRIMO

LA PERSONALITÀ GIURIDICA

Capitolo Primo

LO SVOLGIMENTO STORICO

§ 1. – *Il diritto romano*

Sommario: 4. L'art. 77 del nostro codice di commerco è frutto di una lunga evoluzione di cui si trova traccia fin nel diritto romano. — 5. Nel diritto romano la società non costituiva, in modo assoluto, un ente separato dalle persone dei soci. La l. 13 § 1 *de praescriptis verbis*. — 6. Che non lo costituisse nei rapporti interni è indubitato. Opinione del Pernice. Troplong e la l. 65 § 14 *pro socio*. — 7. Questo passo però deve interpretarsi molto diversamente. — 8. Nei rapporti esterni invece si può riscontrare una, sebbene non chiara e definitiva, tendenza a riconoscere nella società un ente autonomo. — 9. Questa duplice tendenza si manifesta più chiaramente nelle *societates publicae*.

4. Uno sguardo anche rapido e fugace allo svolgimento storico della questione della personalità giuridica delle società commerciali è necessario per rendersi ben conto dello stato attuale di essa. L'art. 77 infatti del codice di commercio, il quale stabilisce che le società di commercio costituiscono, rispetto ai terzi enti collettivi distinti dalle persone dei soci, non è, nè può essere, una disposizione isolata, uscita come una concezione arbitraria dal cervello degli uomini che prepararono la nostra legge di commercio. Essa anzi non è che il frutto di una lunga evoluzione, di cui — mi pare — si debba trovar traccia fin nel diritto romano. Non dico che nel diritto romano sia bene e chiaramente affermato il principio dell'art. 77 del nostro codice di commercio, ma è certo che una sensibile differenza tra la disciplina legale delle società per ciò che riguarda i rapporti tra soci e quello tra società e terzi noi possiamo riscontrarla fin dal diritto romano. E partendo da questo concetto, potremo altresì renderci conto del perchè la personalità giuridica delle società in diritto romano sia stata così vigorosamente affermata dagli uni e così energicamente negata dagli altri. Tutto sta nel considerare di quali rapporti si parla: se di quelli interni tra soci, o di quelli esterni coi terzi.

5. Che la società in diritto romano non costituisse un ente separato dai soci nei rapporti tra i soci stessi è dimostrato assai chiaramente dalla l. 13 § 1 *de praescriptis verbis* Dig. XIX, 5, la quale è così formulata:

> ULP.: l. XXX *ad Edictum* l. 13 § 1 *de praesc. verbis* Dig. XIX, 5: IULIANUS *L. XI Digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata, partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo sociatatem contrahendo rei suae dominus esse desinit.*

È questo il passo fondamentale su cui si basano i fautori della dottrina che nega la personalità giuridica alle società nel diritto romano (1). Il TROPLONG cerca di toglierci importanza spiegandolo nel senso che col formare la società il socio ha bensì alienato la cosa conferita, ma l'ha alienata *temporaneamente*, in modo che, terminata la società, egli ritorna in dominio della cosa. « Ora è questo possibile ritorno che preoccupa la mente di ULPIANO, e lo induce a dire che la società non porta seco un'alienazione. No, non è una alienazione assoluta come quella che produce la vendita: il socio non rinunzia radicalmente e per sempre alla cosa conferita in società (2) ». Ma l'interpretazione del TROPLONG è tutt'altro che corretta e persuasiva. Facciamo infatti l'esegesi del testo. GIULIANO fa l'ipotesi che un'area fabbricabile sia stata traferita in proprietà colla condizione di costruirvi sopra un fabbricato, e restituirne una parte, e si domanda di qual figura di contratto si tratti. Non di una vendita, perchè si riceve invece del prezzo una parte della cosa propria, non di un mandato, perchè non gratuito, e neppure di una società, perchè nessuno, contraendo società, cessa di essere padrone delle cose sue.

Ora che nell'ipotesi del giureconsulto sia stata trasferita la proprietà delle cose non è dubbio: *si tibi areae meae dominium dedero*: e neppure è dubbio che si tratti di un trasferimento temporaneo, per quella parte che deve essere restituita, perchè *partem rei meae recipio*. Se dunque si tratta di una alienazione temporanea, e a questo caso il giureconsulto non crede poter attribuire i caratteri di

---

(1) GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, VI; Firenze 1897, pag. 322 e segg. VIVANTE, *Trattato*, I, n. 286.

(2) TROPLONG, *Des Sociétés*, n. 63.

una società perchè *nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*, è evidente che non v'era società, nel suo concetto, anche quando il trasferimento fosse stato soltanto temporaneo.

E del resto, che questo sia il pensiero del giureconsulto è dimostrato anche dalla seconda parte della legge, in cui si dà la soluzione del quesito:

> *Quid ergo est? in factum putat actionem* IULIANUS *dandam* (*id est praescriptis verbis*), *Ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus est te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa, vel pretium, erit societas. Idemque est, si partis areae dominium transtulerit, partis non: et eadem lege aedificare passus est.*

Quando è dunque che vi è società? Quando il dominio non è trasferito: *si quis areae dominium non transtulerit*; ma l'area sia data allo scopo di edificarvi, col patto che essa, o il prezzo di essa, sia posto in comune: *ut communicaretur*. Prova più chiara che si tratta di un vero rapporto di comunione, non mi pare si possa richiedere (3).

6. Per attribuire però a questo passo il suo giusto valore, e per non trarne conseguenze più late di quello che non comporti il rigore logico del ragionamento, conviene riflettere che in esso si parla solo dei rapporti interni tra soci, non già dei rapporti coi terzi.

Il PERNICE invece, ed il TROPLONG sostengono che anche all'interno la società costituisce un ente separato e distinto dalle persone dei soci. Il PERNICE infatti dice che anche all'interno l'*area societatis* si deve considerare come patrimonio generale della società (4). E cita in appoggio di questa sua asserzione la l. 22 § 1 *pro socio*, Dig. XVII, 2, in cui si usa l'espressione *societati praestare*, a proposito dei debiti di un socio verso la cassa, da cui si rileva che il singolo socio può avere obbligazioni verso il patrimonio sociale, vale a dire verso gli altri soci.

Per quanto dalle espressioni dell'illustre romanista possa apparire che egli abbia il concetto della società come avente un patri-

---

(3) V. anche GIORGI, VI, pag. 323, sebbene con dimostrazione forse non abbastanza esauriente.

(4) PERNICE, *M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Iahrunderte der Kaiserzeit.* Erster Band, Halle 1873, pag. 293.

monio distinto da quello dei soci, e quindi come un ente distinto dai soci anche nei rapporti interni, faccio anzitutto notare che egli stesso, dopo aver detto che il socio può avere obbligazioni verso il patrimonio sociale, aggiunge: *cioè verso gli altri soci* (*d. h. an die übrigen Gesellschafter*).

E che così sia è dimostrato da una breve esegesi del testo:

> ULP. l. XXX *ad Sabinum*, l. 23 § 1 *pro socio*, Dig. XVII, 1. ...MARCELLUS *lib. VI Digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus, negligenter versatus sit, dominum societati, qui praeposuerit, praestaturum; nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno. Et ita divum Marcum pronunciasse: nec posse dici socio: abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis.*

Premetto che la regola data dal giureconsulto in questo passo non è altro che la disposizione dell'art. 1714 del nostro cod. civ., il quale dice che ciascuno dei soci è obbligato verso la società pei danni cagionati alla medesima per sua colpa, senza che possa compensarli cogli utili procacciati colla sua industria in altri affari. Ed è noto che alla società del nostro codice civile tutti gli scrittori negano la personalità.

Quanto poi all'espressione *societati praestare* essa è lungi dall'avere un valore assoluto. Il giureconsulto parla di *societas* e non di *socii*, probabilmente per analogia alla frase usata nella proposizione precedente (*si servus unius ex sociis* *societati* *a domino praepositus*) in cui la parola *societas* è adoperata nel senso di *azienda sociale, esercizio sociale.* Tanto è ciò vero che nella fine del responso, l'azione per il risarcimento del danno viene attribuita al socio, non alla società. « *Et ita divum Marcum pronunciasse: nec posse dici socio; abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis.* »

A torto poi il TROPLONG, per provare che la società anche rispetto ai soci, rappresenta un ente a sè, distinto dalle loro persone, cita la l. 65 § 14 *pro socio*, Dig. XVII, 2, la quale stabilisce che se il socio sia creditore di qualche cosa, deve rivolgersi solo a quel socio, che sia detentore della cassa comune. Ecco come egli ragiona: « In questo esempio il giureconsulto considera la società come un essere di ragione distinto dai soci, egli la personifica nella cassa comune, vicendevolmente considerata creditrice e debitrice. Un socio, per esempio, ha sofferto un danno che lo autorizza a domandare

un'indennità contro la società; se fosse vero che si debbono considerare i soci anzichè la società, questo socio dovrebbe rivolgersi a ciascuno dei suoi consoci individualmente per farsi indennizzare da essi a seconda della loro quota sociale. Ma non è già così. Secondo PAOLO questa indennità si deve domandare alla società anzichè ai soci; è la società, è la cassa sociale che devono essere messe a contribuzione » (5).

7. Ma a me non sembra difficile dimostrare come il TROPLONG non abbia bene inteso il testo, il quale assume invece un significato assai diverso, quando lo si consideri non isolato, a sè, ma nel contesto della legge. La legge 65 a cui il testo appartiene, si occupa tutta dello *scioglimento della società*. Tanto poi il paragrafo precedente che il susseguente indicano che il giureconsulto ha voluto appunto alludere al caso di scioglimento anche nel passo citato dal TROPLONG. È bene dunque riportarlo insieme al paragrafo che lo precede e lo segue, per dare un'idea di ciò che il giureconsulto ha voluto dire:

> PAULUS l. XXXII *ad Edictum* l. 63 *pro socio*, Dig. XVII, 2 § 13. *Si post distractam societatem aliquis in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur; quia non est verum, p r o s o c i o , communiterve id gestum esse; sed communi dividundo iudicio huius quoque rei ratio habebitur; nam etsi distracta esset societas, nihilominus divisio rerum superest.* § 14. *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit et alicuius sociorum quid absit, cum eo solo agendum penes quem ea pecunia sit; qua deducta, de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt.* § 15. *Nonnunquam necessarium et manente societate agi pro socio; veluti cum societas vectigalium causa coita sit, propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate, nec refertur in medium, quod ad alterum pervenerit.*

Dal contesto di questi passi, riferiti integralmente, appare molto chiaro che il giureconsulto ha *inteso riferirsi sempre* al caso di scioglimento della società. Il § 13 e il 14 specialmente sono strettamente connessi. Il primo fa l'ipotesi che, *dopo lo scioglimento dalla società*

---

(5) TROPLONG, *Sociétés*, n. 61.

(*post distractam societatem*) un socio abbia fatto qualche spesa per la cosa comune, e stabilisce che, per ottenerne il rimborso egli non può agire coll'azione *pro socio*, ma con quella *communi dividundo*, giacchè non vi è più società; il secondo continua dicendo che in tal caso se il danaro comune si trova presso un socio si deve agire contro di questi per il rimborso: ed in seguito, dedotto dalla cassa comune l'importo delle spese fatte, tutti i soci possono agire per ottenere la divisione del danaro che spetta ad ognuno di loro (*quod cuique debeatur*). Nessuna traccia dunque — come crede il TROPLONG — di società considerata come ente morale distinto dei soci, avente un patrimonio a sè: ma solo diritto del socio, in caso di scioglimento della società di prelevare dal fondo comune la somma di cui è creditore, prima di procedere alla divisione che deve operarsi in seguito allo scioglimento della società.

8. Nei rapporti tra soci quindi il diritto romano non conosceva che semplici rapporti di comunione, come dimostrano del resto molti altri passi del Digesto (ll. 14, 31, 39, 43, 47 § 1, 52, § 12 e 13, 62, 67 *pro socio* Dig. XVII, 2).

Diversamente è a dirsi nei rapporti coi terzi. Non affermo certo che nella coscienza dei giureconsulti romani apparisse chiara la figura della società distinta dai soci, e formante un ente giuridico a sè; e neppure dirò che una tal figura di società fosse bene e chiaramente disciplinata nel diritto romano, ma ad ogni modo in molti luoghi noi possiamo riscontrare questa tendenza ad astrarre, rispetto ai terzi, dalle persone dei soci, per considerare la società, non già come un semplice contratto che nessun effetto debba avere rispetto ai terzi, perchè *res inter alios acta*, ma come un qualche cosa a sè, avente vita ed influenza anche rispetto a coloro che non siano intervenuti nel contratto.

Citerò a questo proposito solo alcuni passi dei piu importanti:

> PAULUS l. VI *ad Sabinum* l. 37 *pro socio* Dig. XVII, 2. *Omne aes alienum quod manente societate contractum est, de communi solvendum est.*

Qui la società figura di fronte ai creditori come un ente a sè, con un patrimonio a sè, giacchè i debiti si devono pagare dalla cassa comune, e non già *pro rata* da ciascuno dei soci (6).

---

(6) VAN WETTER, *Les obligations en droit Romain*, III, pag. 128.

> Ulp l. XXXIX *ad Edictum* l. 3 4 *de bonorum possessione* Dig. XXXVII, 1. *A municipibus, et societatibus, et decuriis et corporibus, bonorum possessio adgnosci potest: proinde sive actor eorum nomine admittat, sive ipsis alius recte competit bonorum possessio.*
>
> Florentinus l. XXX *Institutionum* l. 22 *de fideiussoribus* Dig. XLVI, 1. *Mortuo reo promittendi et ante aditam haereditatem fideiussor accipi potest: quia haereditas personae vice fungitur: sicut municipium et decuria et societas.*

In tutti questi casi, la società è equiparata ai municipi, alle decurie, ai corpi costituiti, i quali indubbiamente sono persone giuridiche. Si noti però anche qui che si tratta solo dei rapporti esterni, perchè i due passi si riferiscono solo alla *bonorum possessio* ed alla *fideiussio*. Per togliere importanza alla parificazione delle società coi municipi e colle altre persone giuridiche, non si può, come fa il Giorgi, affermare che il giureconsulto ha inteso parlare delle *societates collegiatae*, riconosciute dallo Stato la quali *habent corpus* (7). È questa una distinzione affatto arbitraria, perchè estranea del tutto alle parole del giureconsulto. Nè con ciò Ulpiano, il quale nel frammento già citato (l. 31 § 1 *de praescriptis verbis*, Dig. XIX, 5) ha affermato che *nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*, si trova in contraddizione con sè stesso, perchè nel primo caso egli intende alludere ai rapporti della società coi terzi, nel secondo invece, come già dissi, ai rapporti interni fra soci (8).

9. Ma dove la personalità giuridica rispetto ai terzi apparisce più chiaramente è nelle così dette *societates publicae*, vale a dire in quelle società riconosciute dallo Stato, costituite sia per la riscossione delle pubbliche imposte (*societates vectigalium, societates publicanorum*), sia per l'esercizio delle miniere d'oro e d'argento o delle saline (*societates aurifondinarum vel argentifondinarum et salinarum*).

Esse hanno, rispetto ai terzi, un patrimonio affatto distinto da quello dei soci.

> Gaius, l. III, *ad Edictum provinciale*, l. 1 § 1 *quod cuiuscumque universitatis nomine*, Dig. III, 4. *Quibus autem per-*

(7) Giorgi, *Dottrina delle persone giur. o corpi morali*, VI, pag. 826.

(8) Cfr. Accarias, *Précis de droit Romain*, Paris 1882, II, pag. 510, n. 1.

> *missum est corpus habere collegii societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium a d e x e m p l u m r e i p u b l i c a e habere res communes, arcam communem.*

Hanno poi crediti e debiti particolari, distinti da quello dei soci: *quod universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* (l. 7 § 1, l. 1 § 1, l. 2 *quod cuiuscumque universitatis*, Dig. III, 4).

Internamente però, rispetto ai soci, la cosa è ben diversa, Qui si riproduce la stessa posizione che nelle società private. Tanto che il VAN WETTER non può fare a meno di notare: « Les sociétés publiques ont un double caractère; ces sont en même temps des sociétés ordinaires et des personnes civiles. Chacune de ces qualités opère en un sens propre. La qualité de societé opère à l'interieur, entre les associé: ceux ci, en ce qui concerne les rapports qu'ils ont entre eux, sont pleinement soumis à la théorie commune de la société. La qualité de personne civile à l'exterieur, à l'egard des tiers; toutes les fois qu'il s'agit des relations de la societé publique avec les tiers, apparaît l'être fictif, entièrement distinct des associés: c'est cet être fictif qui, vis-à-vis des tiers porte seul les droits et les obligations résultant de la societé » (9).

Così, applicando questi principii, si ha che ogni associato è tenuto a fare quel conferimento che gli è imposto dal contratto:

> PAULUS l. XXXII *ad Edictum* l. 65, § 15 *pro socio* Dig. XVII, 2. *Nonnunquam necessarium est, et manente societate agi pro socio: veluti, cum societas vectigalium causa coita est, propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate, nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.*

E per ottenere l'adempimento dell'obbligazione è data l'*actio pro socio*, la quale, come sappiamo, è l'azione derivante dal contratto di società, e in forza della quale uno o più soci possono domandare ad uno o più soci l'adempimento dei patti sociali (10).

---

(9) VAN WETTER, *Les obligations en droit Romain*, Gand-Paris, 1886, III, § 166, pag. 152. SALKOWSKI, *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen, in besondere den sogennanten corporativen Societäten und Genossenschaften*, Leipzig, 1863, § 3, pag. 16-18. MAYNZ, *Cours de droit Romain*, II, § 227 n. 1.

(10) Ecco infatti la forma dell'*actio pro socio*: Quod A° A° cum N° N° societatem omnium bonorum coiit, quidquid ob eam rem N° N° A° A° (alteram alteri) pro socio dare facere praestare oportet ex fide bona, dumtaxat quod N° N° facere potest, eius

Del resto, che per certi rapporti dovessero rimanere intatte le regole della società, risulta direttamente dalle fonti stesse, le quali non considerano le società dei pubblicani come qualche cosa di diverso dalle società propriamente dette, ma ne fanno una specie di società, al pari delle *societates omnium bonorum* e delle *societates alicuius negotiationis:*

> ULP. l. XXXI *ad Edictum* l. 5 pr. *pro socio*, Dig. XVII, I. *Societates contrahuntur, sive universorum bonorum, sive negotiationis alicuius, sive v e c t i g a l i s , sive etiam rei unius.*

S'intende che la distinzione tra rapporti interni ed esterni non era, nè poteva essere rigorosa: si tratta più che altro di una tendenza i cui primi germi si trovano fin nelle società civili, ma specialmente nella *societas quaestuaria*, in cui si può ricercare — come dice il PERNICE — la primissima origine delle società commerciali (11), e che comincia a delinearsi un po' più chiaramente nelle *societates publicae* (*publicanorum, aurifondinarum etc.*) le forme più antiche — si può dire — delle società per azioni o in accomandita per azioni (12).

§ 2. — *Il diritto intermedio*

SOMMARIO: 10. Le prime forme di società commerciale e la personalità giuridica. — 11. La personalità giuridica nelle leggi e negli statuti. — 12. La personalità giuridica nella dottrina e nella giurisprudenza, e in ispecie in una sentenza della Rota di Genova. Valore e portata della espressione *corpus mysticum*. — 13. Essa costituisce una vera affermazione della personalità giuridica. Tale personalità però è limitata ai rapporti coi terzi. — 14. La personalità giuridica in BALDO. Distinzione che egli fa tra i rapporti esterni e gli interni. — 15. Il *signum societatis* e la personalità giuridica rispetto ai terzi in BALDO. — 16. La dottrina della compensazione in BALDO e nello SCACCIA e la personalità giuridica rispetto ai soci. — 17. Il FONTANELLA e l'AZUNI. — 18. La distinzione tra rapporti esterni ed interni e la personalità giuridica nelle prime forme di società per azioni.

---

iudex Nm Nm A° A° comdemna, si non paret absolve. Cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, § 109, pag. 237.

(11) PERNICE, *M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im erste Iahrunderte der Kaiserzeit*, Halle, 1873, I, pag. 295.

(12) Nelle società dei pubblicani il capitale sociale era diviso in parti eguali. (Cfr. CICERONE, *Pro Rabirio*, Post. 2 e in Vatin. 12 e la l. 59 pr. *pro socio* la quale parla delle *pars* di ciascun socio): i soci erano obbligati verso lo Stato solo fino a concorrenza delle loro quote, mentre il *manceps* (colui che contrattava direttamente collo

10. Nel medio evo, il diritto delle società commerciali trova il suo primo embrionale punto di partenza nelle due primitive forme di associazione che furono la *commenda* e la *societas maris*. Ma in nessuna delle due troviamo traccia alcuna di personalità giuridica, sia pure in strettissimo senso. Rispetto ai terzi non comparisce che il commendatario, il *tractator*, che si obbliga personalmente ed illimitatamente; e i rapporti derivanti dal contratto di commenda sono del tutto interni (1).

La prima incerta nozione di ente collettivo, distinto dalle persone dei soci, si trova invece nelle società in accomandita, *per viam accomanditae*. E dico incerta, perchè anche ai tempi in cui in Firenze fiorivano quelle potenti società di commercio a capo delle quali stavano i Bardi, i Peruzzi, gli Acciaiuoli, gli Alberti, e persino in tempi assai posteriori, le persone dei soci non può dirsi che non comparissero affatto di fronte ai terzi, ed il socio accomandatario che contrattava coi terzi non lo faceva già in nome della società, ma a nome suo e dei soci: *pro se et sociis suis* (2). Ma l'unità della società andava man mano affermandosi di fronte ai terzi, e ne sono prova le varie guarentigie che gli statuti prescrivevano nell'interesse dei terzi, come l'affissione del nome e dei contributi dei soci, la registrazione dei libri fatta da pubblici ufficiali, la pubblicazione di tutti gli atti ri-

---

Stato) restava illimitatamente obbligato. Cfr. VAN WETTER, *Les obligations en droit Romain*, III, pag. 153 § 166. MOLITOR, *Les obligations en droit Romain*, II, n. 673. BARON, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 303.

(1) Cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, pag. 320. WEBER, *Zur Geschichte des Handelsgesellschaften im Mittelalter*, Stuttgart 1889, pag. 35, 36 e 106. Quindi nessun rapporto tra creditore del *socius stans e tractator*, e viceversa, nessun rapporto tra creditore del *tractator* e il *socius stans*. Vedi anche GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891, pag. 269, n. 121. Lo stesso era in quelle specie di società costituite sul tipo della commenda dell'Europa meridionale, di cui si hanno frequentissimi esempi nei paesi del nord dell'Europa sotto il nome di *vedderleginghe, sendeve, fèlag*. Cfr. REHME, *Die Lübecker Handelsgesellschaften in der ersten Hälfte des 14. Iahrunderts* nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, Vol. XLII (1894) pag. 388: « Der Unternehmer der die Geschäfte des Gesellschaft fürht, ist nicht der Vertreter der Gesellschaft, sondern handelt in eigenem Namen ». I rapporti interni qui sono di mera comunione; cfr. REHME, *op. cit.*, pag. 386 e i documenti n. 7, 59, 60 e 63 da lui riportati in appendice al lavoro.

(2) Cfr. *Statuti della honoranda università dei mercatanti di Bologna* del 1509 foglio 67. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgeschaften in Mittelalter*, Stuttgart 1889, pag. 136. *Statuti dei Mercanti del 1393*, L. II, Rub. 26. FIERLI. *Della società chiamata accomandita*. Firenze 1803 pag. 12.

guardanti la costituzione delle società, e i suoi successivi mutamenti (3).

11. Anche qui — come nel diritto romano — il cammino è lento e graduale. Si comincia col separare il patrimonio particolare dei soci dal patrimonio sociale rendendoli non responsabili personalmente (salvo che per le obbligazioni assunte in tempo di mercato) per i debiti contratti in nome della società (4). Quindi si afferma che il creditore, il quale ha fatto con uno dei soci un contratto *per la compagnia* deve far valere le sue ragioni sulle cose poste in comune dai soci. Così nello Statuto di Siena del 1292 troviamo scritto (Dis. II c. 22):

> *...ch'el compagno per lo compagno e per lo contratto del compagno facto per la compagnia disino (perfino) che sarei soddisfatto del devito e dell'obrigazione del detto contratto, al creditore possa convenire e da lui essere facto richiamo sopra quelle cose et denarii et pecunie sopra le quali saranno compagni e possa dal compagno essere compensata et tenuta... cosa per quantità et quantità per cosa* (5).

In seguito si afferma che le sentenze ottenute dei creditori particolari di un socio non si possono eseguire sopra il patrimonio sociale. Si viene in tal modo sempre più a delineare rispetto ai terzi la separazione tra patrimonio particolare dei soci, e patrimonio sociale. Citerò a questo proposito lo *Statuto dell'Arte di Calimala* di Firenze (1301), II, rub. 8, n. 17:

> *Additum quod si consules dabunt... sententiam contra aliquem... non debeat facere executionem propterea contra socios vel societatem illius contra quem pronuntiata est sententia nisi sit de eo quod deberetur per instrumentum publicum cum procuratore per cartam procurationis eiusdem societatis...*

---

(3) Cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, n. 286, pag. 320. WEBER, *Zur Geschichte*, pag. 128 e seg.; LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, pag. 162, n. 68. FIERLI, *Accomandita*, pag. 12-25.

(4) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 283; HUVELIN, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*. Paris 1897, pag. 484, un libro veramente ben fatto e pieno di utili notizie.

(5) Citato da ADLER, *Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts*, Berlin, 1895, pag. 47.

Altre volte invece la separazione tra patrimonio sociale e patrimonio particolare dei soci è limitata ad un semplice diritto di prelazione accordati ai creditori sociali (6): *Statuto di Genova* del 1588 e 89 c. 12:

> ... *Creditores... huiusmodi societatum... in rebus et bonis societatum... praeferantur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum vel proprio vel quovis alio nomine... et sint potiores et anteriores tempore hypotheka et privilegio ita ut praeferantur et praeferri debeant dotibus et aliis quibuscumque.*

12. Nelle leggi però tale evoluzione si compieva in modo assai lento ed incerto. Nella giurisprudenza invece e nella dottrina il concetto della società ente collettivo distinto dalle persone dei soci si andava stabilendo con sufficiente precisione. Agli scrittori, educati alle idee del diritto Romano, parve naturale applicarne le regole, per ciò che riguardava le *societates pubblicae*, anche alle società commerciali. Essi quindi considerarono la società come un ente distinto dalle persone dei soci nei rapporti coi terzi, ma seguendo la dottrina romana, si guardarono bene dall'affermare altrettanto per quel che riguarda i rapporti interni fra soci.

L'unità dell'ente sociale di fronte ai terzi è affermata in ispecie assai chiaramente da una sentenza della Rota di Genova, in cui è detto che la società è un *corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*.

L'illustre GOLDSCHMIDT non crede invece che dalla frase del tribunale genovese possa dedursi la personalità giuridica delle società. Egli infatti, dopo aver notato che già in BARTOLOMEO DA SALICETO, vissuto nella seconda metà del XIV secolo, e nei primi anni del XV, e presso BALDO si trova l'espressione *corpus societatis* e nella citata decisione della Rota di Genova quella di *corpus mysticum*, aggiunge che a torto gli scrittori francesi, ed alcuni tedeschi vogliono da questa formola dedurre una personificazione della società. L'espressione *corpus societatis* designa di regola soltanto il separato patrimonio sociale, non una personalità giuridica. Della espressione *corpus mysticum* ci si serviva assai largamente per designare una pluralità di persone considerate come universalità: la Rota di Genova vuol solo dire

(6) ADLER, *Zur Geschichte und Dogmatik des Gesellschaftsrechts*, Berlin, 1895, pag. 60.

che colla espressione *societas* si designa il nome comune (la firma colletiva) dei soci (7). Il MARGHIERI poi crede che l'espressione *corpus mysticum* non significa *persona morale*, ma *corpo misto*, cambiato in *mysticum* per equivoco o per errore tipografico (8).

Le osservazioni del GOLDSCHMIDT e del MARGHIERI sono, in parte, giuste, ma in base ad esse non mi sembra che si possa negare la personalità delle società commerciali, nel pensiero della Rota di Genova.

Le spresssioni *corpus*, *corpus societatis*, *corpo della compagnia* si trovano frequentemrnte negli statuti o nei documenti del medio evo, ma nel significato di quel complesso di beni che gli associati pongono in comune per l'esercizio del traffico mercantile, e che restano a tale scopo vincolati. Così il contratto di società degli Alberti del 1322 stabiliva:

> *...il corpo della compagnia diciamo che sia in somma l. 25,000 a fiorini e ciascuno debba partire per sua parte per gli denari che metterà per suo corpo di compagnia del guadagno e perdite che Iddio ne desse; e quei denari che si metteranno per lo corpo siano abbligati alla detta compagnia e nessuno ne possa traere nè havere per niuno modo, salvo che quando si facesse il saldamento della ragione della detta compagnia, e se havesse alcuno che ne volesse traere, si possa in questo modo che da quello saldamento innanzi debba abbattere di sua parte e di suo corpo di compagnia quanti danari egli traesse, e quei che rimangono s'intendono essere sua parte. Ancora... se volesse, al saldamento... mettere più denari... debba dal saldamento... innanzi partire per gli denari che volrà mettere... E ciascuno de' detti compagni che avrà denari nella detta compagnia, oltre i denari che avrà per il suo corpo, stea al provvedimento degli altri compagni* (9).

Per tal modo ogni socio poteva conferire denari *dentro il corpo della compagnia* e *fuori del corpo della compagnia* (10).

---

(7) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 289, n. 173, e gli autori ivi citati.

(8) MARGHIERI, *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, Napoli 1884-1885, I, pag. 210, n. 6.

(9) PERUZZI, *Teoria del commercio e dei banchieri di Firenze*, I, pag. 25; WEBER, *Zur Geschichte*, pag. 143, n. 30.

(10) La caratteristica del *corpo della compagnia* è che il socio non può mutar la sua quota prima del conto generale; invece i denari conferiti dal socio *fuori del corpo della compagnia* non sono in tal modo vincolati: essi costituiscono un conto

La parola *mysticum* poi come suppone il Marghieri non è probabilmente che una corruzione dell'altra parola *mixtum*, spesso usata nel senso di *indiviso: havere mixtum* si trova anche nel *Costitutum usus* di Pisa, a proposito della *societas maris*, nel senso di patrimonio comune indiviso (11).

13. Con tutto ciò non mi pare possibile negare che la frase: *societas est corpus mysticum* (*o mixtum*) *ex pluribus nominibus conflatum*, si debba riferire ad una vera e propria elevazione della società a soggetto di diritti.

Anzitutto, che le parole *corpus mysticum* non si riferiscono qui al patrimonio sociale, è sufficientemente dimostrato dalle parole seguenti: *ex pluribus nominibus conflatum. Nomen*, nel linguaggio della Rota, è la denominazione, la qualifica, con cui la persona fisica o giuridica si manifesta ai terzi: così vengono detti *nomina* i soci della società: «... *quidquid scribitur vel dicitur per epistolam a dictis nominibus, seu ab uno ex eis habente facultatem nomen societatis expendendi, subscriptam, dicit scriptum ab ipso corpore seu societate.*» Se dunque la società è un *corpus pluribus nominibus conflatum*, ciò vuol dire che la Rota ha avuto riguardo non già al patrimonio, ma ai soci considerati come unità nella società. L'espressione *corpus* è perciò a considerarsi come la significazione della unità, nella quale, di fronte ai terzi, vengono a trovarsi i soci. E che così sia è dimostrato anche dalla affermazione del Goldschmidt che «della espressione *corpus mysticum* ci si serviva assai largamente per designare una pluralità di persone designata come universalità». Ora che questa pluralità di persone, considerata come universalità, fosse capace di diritti, distinti dai diritti dei singoli suoi componenti, e di obblighi distinti dagli obblighi di questi, si può assai facilmente dedurre dal passo seguente della stessa decisione, già in parte citata, in cui è detto:

---

del socio che egli può aumentare o diminuire anche in altro tempo che in quello del conto generale. Cfr. Weber, *Zur Geschichte*, pag. 143.

(11) *Constitutum usus*, in Bonaini, *Statuti inediti della città di Pisa*, pag. 884, (cap. 22 *de societate inter extraneos facta*); Weber, *Zur Geschichte*, pag. 104. Non mi sembra quindi molto esatto il derivare — come fanno Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del* Windscheid, II, pag. 791 — la espressione *corpo morale* da quella di *corpus misticum* (non *mysticum*). La frase *corpo morale* deriva invece dall'altra *corpus intellectuale* usata da Baldo (vedi appresso) come contrapposto a *corpo materiale, fisico*.

quidquid scribitur, vel dicitur per epistolam a dictis nominibus, seu ab uno ex eis habente facultatem nomen societatis expendendi, subscriptam, dicit scriptum ab ipso corpore seu societate, non ab ipsis ut particularibus.

Le obbligazioni dunque assunte da tutti i soci oppure da un socio facoltizzato a servirsi della firma sociale, si intendono assunte dalla stessa società, e non dai soci come persone. E un po' prima nella stessa decisione era affermato:

Nam cum dicta epistula fuerit scripta, et subscripta nomine sociali manu dicti Francisci, et tunc temporis vigeret societas inter ipsum Fr. Augustinum et Franciscum, et quilibet ipsorum haberet facultatem, nomen societatis expendendi, et qui habebat unum ex ipsis obligatum haberet et alterum, et societatem obligatam... sequitur etc. (12):

Per concludere, la frase *corpus ex pluribus nominibus conflatum* rappresenta la universalità dei soci avente, rispetto ai terzi, diritti separati da quelli dei soci, ossia godente di fronte ai terzi della personalità giuridica (13).

14. Dico, *di fronte ai terzi soltanto.* E che così fosse risulta, oltre che dal complesso della decisione stessa, che ha per oggetto appunto rapporti delle società coi terzi, anche da altri passi di scrittori del secolo XVI.

---

(12) *Decisiones Rotae Genuae de Mercatura*, Venetiis, 1682, fogli 33 e 34.

(13) La parola *misticum* (*mixtum*) designa o la confusione, la riunione dei soci nella universalità, o, forse, anche, quel duplice carattere che allora, come ora, aveva la società commerciale, e per il quale questa, mentre si affermava come unità al di fuori, restava al di dentro un semplice aggregato di soci, comproprietari del patrimonio sociale. Ma di ciò dirò meglio in seguito. Quanto alla riunione di più nomi (*ex pluribus nominibus conflatum*) giustamente FADDA e BENSA osservano che essa non è affatto incompatibile coll'idea di personalità giuridica. « Non si faccia capo, per negare la personalità, all'essere la *societas* qualche cosa di risultante dall'unione di due o più nomi. Bisogna tener presente che senza questa pluralità di persone non esiste in genere *universitas*. Tutti coloro che si fermano di fronte alla circostanza, che in definitiva la società si risolve nei soci, e sussiste nell'interesse loro, non debbono dimenticare che non vi è *universitas*, che non consista in una aggregazione di persone e non può sussistere se appunto non vi è un interesse collettivo ». (FADDA e BENSA, *Note alle Pandette del* WINDSCHEID, II, pag. 806).

Importanza speciale ha, a questo proposito, il commento del Baldo al titolo del codice *pro socio*. Egli infatti comincia col distinguere le corporazioni che godono la piena personalità giuridica, che costituiscono un *corpus intellectuale* (corpo morale) dalle società a scopo di guadagno. Le corporazioni si distinguono dalle società commerciali anzitutto per lo scopo. Le prime devono mirare *ad bonum finem*, così, *respectu boni honesti, ut societas iuvantium oppressos, pupillos, viduas et miserabiles personas. Item boni delectabilis ut societates quae fiunt Perusii ad tripudiandum in festo Sancti Herculiani, quae continent delectationem recreativam civium. Item respectu boni utilis, ut societas vectigalium et societas emptoum fructuum aquae lacus Perusii et similes* ». Le seconde invece *ordinantur ad bonum acquisitivum seu utile, de honesto enim et delectabili negociantur mercatores quia bonum, honestum et delectabile sunt in commercio* » (14).

Quali sono le differenze — secondo Baldo — che esistono fra le corporazioni e le società commerciali?

a) Anzitutto l'*actio pro socio* si darebbe solo per le seconde e non per le prime.

È questa una conseguenza naturale del fatto che, mentre le corporazioni godono della piena personalità giuridica, le società commerciali hanno la personalità giuridica limitata ai rapporti esterni, restando invece nei rapporti interni le persone dei soci. Ora già vedemmo che l'*actio pro socio* è l'azione che un socio può far valere contro uno o più soci. Essa quindi è del tutto estranea alle corporazioni, in cui non vi sono soci, ma solo l'ente sociale che afferma la sua unità in modo assoluto.

b) La seconda differenza riguarda la citazione. Nelle corporazioni la citazione si fa in nome della società: *nomine societatis*; nelle società commerciali invece:

> « ... *libellus est formandum nomine singulorum, secundum Innocentium. Ego dico quod etiam si nomine societatis, tenet libellus contra alios, qui*

---

(14) Baldus, *Comm. al titolo pro socio*. Venezia, 1586, p. 104 (n. 7 e segg.). La distinzione di Baldo è rilevata anche da Goldschmidt, *Universalgeschichte*, pag. 289, n. 173 in fine, da Krasnopolski, nella *Zeitschrift* di Grünhut, VII, p. 58, n. 10 e dal Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, Berlin 1887, pag. 474 n. 23; Fadda e Bensa invece (*Note alle Pandette del* Windscheid, II, p. 893), affermano, ma senza provarlo, che Baldo ha voluto tratteggiare la differenza, non già tra corporazione e società commerciale, ma tra *societas collegiata* o *collegialis* e *societas singulorum*.

> *non sunt de societate, sed inter se debet agi nomine singulorum, non nomine societatis*».

La distinzione fra rapporti esterni e rapporti interni non potrebbe esser fatta più chiaramente; rispetto ai terzi la società si afferma come unità; all'interno invece restano le singole persone dei soci.

15. Nè questo principio, che risulta così chiaro dalla dottrina del BALDO, mi pare possa essere ragionevolmente negato in base ad alcuni passi dello stesso, e di altri scrittori, da cui si vuol desumere la unità del corpo sociale anche nei rapporti interni fra soci.

Si cita anzitutto un passo di BALDO in cui si parla del *signum* o insegna della società:

> «*Item quaero, num quid quando maior pars remanet in societate et minor recedit, possit talis maior pars uti signo solito societatis, quod apponunt mercatores tam in libris quam in ballis? et videtur, quod sic: quia istud signum est universorum, et totius corporis societatis quae remanet et fundatur in maiori numero. In contrarium videtur quod non potest quis adsumere nomen quod* (*quo?*) *quis repraesentet se alium quam sit... Solve: nisi procedat ex omnium consensu, non debet signum vel sigillum integrum remanere, societate non integra, ne falsa repraesentatio fiat ut ff. de falsis l. eos.* (*fr. 27* § *2; ad l. Corn. de falsis 48, 10*) *sicut quis non potest signare anulo alieno nisi sibi committatur*» (15).

I professori FADDA e BENSA credono di potere, in base a questo passo, affermare assolutamente (e quindi anche nei rapporti interni fra soci) la personalità giuridica delle società secondo la dottrina di BALDO. Dicono i chiarissimi scrittori: «Non è senza rilevanza che per BALDO l'adoperare il *signum societatis* per parte di alcuni soci è come *signare anulo alieno*: ciò che non potrebbe dirsi se la società si confondesse colla somma dei soci. Tanto poco poi egli disconosce, che anche nelle *societates collegiatae* gli interessati possono avere uno stretto legame colla *societas*, che precisamente non

---

(15) BALDO, *op. cit.*, pag. 105, 106 e segg.

ammette la prevalenza del maggior numero neppure in esse, contro il concetto che logicamente debbono affermare coloro, i quali scindono completamente l'associazione dagli associati » (16).

Questa conclusione non mi pare — in verità — che discenda direttamente da una rigorosa interpretazione del testo. BALDO, infatti, dopo essersi domandato se nel caso in cui la minoranza dei soci abbia receduto dalla società, possa la maggioranza rimastavi usare dell'insegna sociale, riferisce le due opinioni che si sono manifestate a questo proposito. La prima risponde affermativamente, perchè l'insegna appartiene al *corpus societatis* che rimane colla maggioranza. La seconda risponde invece negativamente, perchè nessuno può assumere un nome che lo rappresenta diversamente da quello che è. Il giureconsulto decide appunto in questo ultimo senso, ma per un'altra ragione. Egli dice che: « *...non debet signum vel sigillum integrum remanere, societate non integra... sicut quis non potest signare anulo alieno nisi sibi committatur* ».

Ora io posso ingannarmi, ma mi sembra evidente che BALDO ha voluto ben distinguere i rapporti coi terzi, dai rapporti fra i soci, rispetto ai quali ha negato l'esistenza di un ente collettivo. Mentre infatti la prima opinione avrebbe avuto riguardo solo ai rapporti coi terzi, rispetto ai quali il *signum* apparisce come appartenente al *corpus societatis*, la seconda avrebbe considerato solo i rapporti interni ed avrebbe così motivato la sua risposta negativa derivandola da ciò che non costituendo la società persona giuridica, il nome contenuto nel *signum* non è il nome della società, ma quello dei soci insieme uniti, onde, allontanatasi una parte di essi, i restanti non possono servirsi di un nome che loro non appartiene. BALDO invece distingue i rapporti esterni dagli interni, onde, senza negare la personalità, considera il *signum* (nei rapporti fra i soci) come comproprietà di tutti i soci *pro indiviso*. Perciò è naturale, che, dopo il recesso di una parte dei soci, *non debet signum vel sigillum integrum remanere societate non integra*. Esso infatti appartiene a *tutti* i soci *pro indiviso*: deliberato che abbiano alcuni di questi di recedere dalla società, s'intende che debbano anche recedere dalla comunione del *signum*, onde si dovrà procedere alla divisione (s'intende del valore che esso rappresenta): ma non potrà una parte di coloro che erano in comunione appropriarselo da sola, allo

---

(16) FADDA e BENSA, *op. cit.*, II, pag. 806.

stesso modo che non è permesso di servirsi del sigillo altrui, se non per incarico del proprietario.

Per concludere quindi, è vero che BALDO pone allo stesso livello il *signum* di un individuo e quello della *societas*, considerando quindi questa necessariamente come persona, *ma solo di fronte ai terzi*. Di fronte ai soci il *signum* resta proprietà comune indivisa. Nè si opponga che egli neppure per le società collegiate (che hanno personalità anche rispetto ai soci) ammette l'uso del *signum* da parte della maggioranza restata in società. Infatti nel passo citato si parla solo della seconda specie di società, quelle che hanno per scopo il *bonum acquisitivum seu utile*, giacchè il *signum* su cui si fa questione è quello *quod apponunt mercatores tam in libris quam in ballis*.

16. Un altro argomento in favore della dottrina della personalità anche nei rapporti interni si vorrebbe derivare dai due seguenti passi, uno dello stesso BALDO ed uno dello SCACCIA, in cui sarebbe stabilito il principio che il socio non può compensare i debiti che ha colla società coi crediti che ha verso gli altri soci. Ecco i due passi:

> *Extra quaeritur, nos videmus plerumque quod socii bursam communem faciunt, et constituunt aliquem, qui praeest illi bursae... Modo pone quod talis praepositus nomine societatis petit ab uno ex sociis quod ponat certam quantitatem in societate quam ponere debet: dicit ille, tu debes mihi tantam quantitatem, et ideo compenso totum, quaeritur quid iuris? Respondeo: compensatio non procedit, quia corpus societatis agit, non ille tamquam singularis persona, et ideo quod debetur societati, non compensatur cum uno ex sociis... Item quia illa pecunia statuta est ad usus sociales* (17).

Così il BALDO: e lo SCACCIA ripete:

> *... aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius eius ipsius societatis: unde si socii societatis cambii faciant bursam communem, et unum ex sociis costituant, qui praesit illae bursae communi, et hic praepositus petat ab uno ex sociis quod debet conferre in bursam communem, et iste socius respondeat praeposito: tu debes mihi tantundem, compenso*

---

(17) BALDUS, *Consilia*, Comm. alla l. 9 *de compens.*

> *tecum: non est audiendus, quia quod debet societati non potest compensari cum eo quod debet habere ab uno ex sociis, cum societas non teneatur solvere debitum alienum* (18).

Comincio dal notare che nessuna importanza si può attribuire alla frase di BALDO: *quia corpus societatis agit, non ille tamquam singularis persona*; e ciò per due ragioni. La prima che, avendo già lo stesso BALDO detto più sopra che la citazione contro i soci deve essere fatta *nomine singulorum de societate*, non *nomine societatis*, la frase: *corpus societatis agit*, per le società commerciali non può significare altro che chi agisce è il complesso, la totalità dei soci. La seconda, che la frase riguardante il cassiere delle società, il quale agisce in nome sociale, e non in nome proprio, (*tamquam singularis persona*) allude evidentemente al fatto che egli agisce non come socio, ma come rappresentante di tutti i consoci.

Ciò posto, vediamo quanta influenza possa avere sulla questione dei rapporti interni fra soci, la dottrina del BALDO e dello SCACCIA relativa alla compensazione. I due scrittori non dicono già che i soci non possono compensare coi crediti che hanno verso altri consoci, i debiti loro verso la società. Essi si limitano a stabilire che quando i soci di una società hanno preposto uno dei soci al fondo comune e questo richiede ad uno dei soci il *conferimento delle cose pattuite* (*petit ab uno ex sociis quod ponat certam quantitatem in societate quam ponere debet* [BALDO]; *petat ab uno ex sociis quod debet conferre in bursam communem* [SCACCIA]); quest'ultimo non può opporre la compensazione col credito che ha verso il socio che è preposto al fondo comune. E ciò si capisce. L'obbligo di conferire la cosa pattuita è obbligo assunto verso tutti i soci. Sta bene che questi, dopo conferita, ne diventano comproprietari insieme a colui che l'ha conferita, ma ciò non vuol dire che il socio può tenersi la cosa, sotto pretesto che anche egli ne è comproprietario. Egli intanto deve conferirla perchè — per dirla con BALDO — essa *statuta est ad usus sociales*. Per la stessa ragione non può opporre in compensazione il credito che ha verso un socio. Il suo obbligo è obbligo personale verso tutti i soci. Che essi abbiano delegato il socio debitore a rappresentarli non importa; il diritto che questi esercita non è diritto proprio, è principalmente diritto di tutti soci, i quali non sono tenuti a *solvere debitum alienum*.

---

(18) SCACCIA, *Tractatus de commercis et cambiis*, Roma, 1619, pag. 115 e segg.

17. Anche il FONTANELLA nei rapporti tra soci non vede che una comunione *pro indiviso*, nella quale, prima di procedere alla divisione, è necessario che siano pagati tutti i debiti contratti in nome comune.

> *Haec autem partitio, antequam fieret, prius est a rebus societatis communibus res alienam deducendam... Hinc fit quod bona societatis non intelliguntur bona socii nisi prius solutis debitis societatis* (19).

Un'ultima conferma infine, della teoria che esclude la personalità nei rapporti interni, si trova in AZUNI, il quale parlando dei danni che un socio può avere arrecato nell'amministrare il patrimonio sociale, stabilisce che tali danni debbono essere risarciti non alla società, ma ai soci e ammette la compensazione tra la colpa di un socio e quella di un altro socio. « Considerandosi, per scopo principale della scocietà, l'utilità di tutti i soci, ragion vuole, che un socio sia tenuto verso gli altri per la colpa anche leggera da esso lui commessa nell'amministrazione delle cose sociali... Si potrà ammettere la compensazione della colpa d'un socio, con quella commessa da un altro, quantunque uno di essi abbia contribuito del denaro, e l'altro la sola opera, per la ragione legale, che i debiti eguali si tolgono colla reciproca compensazione » (20).

18. Uno speciale svolgimento ebbe la società anonima. Nata — come crede il GOLDSCHMIDT — dalla unione dei creditori dello Stato (*montes*) o, meglio — come ha di recente dimostrato il LEHMANN — dai consorzi di armatori (*Rhederei*), che si univano in società per esercitare il commercio delle colonie (21), essa visse fino al principio del nostro secolo, completamente all'infuori delle

---

(19) FONTANELLA, *De pactis nuptialibus*, Coloniae, 1634, I, cl. 4, gloss. 4, p. II, n. 54 e 57.

(20) AZUNI, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, 2ª ediz., Livorno, 1813, voce *società*, § 23, pag. 105-106.

(21) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, pag. 292; ENDEMANN, *Studien in der Romanisch-Kanonistischen Wirtschafts-und Rechtslehre*, Leipzig, 1874-83, p. 431 e segg.; LEHMANN, *Die geschichtliche Entwikelung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*, Berlin, 1895, pag. 29-48. Un'altra scuola più antica faceva derivare la società per azioni dalla commenda, e più precisamente dalla accomandita. Così FRÉMERY, *Etudes de droit commercial*, Paris, 1834, pagg. 55: FICK, *Ueber Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften* nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, V, pag. 1 e segg., 43 e segg.

leggi e degli usi commerciali. Secondo il LEHMANN la società per azioni è un consorzio d'armatori godente dei diritti corporativi, in forza di una concessione o privilegio reale (*octroi*). Tale acquisto dei diritti corporativi avvenne verso il principio del XVII secolo. Si sa che nel consorzio di armatori (*Rhederei*) si ha una semplice comunione, la cui amministrazione è devoluta, per mandato dei coarmatori, all'armatore gerente. In seguito all'acquisto dei diritti corporativi, il consorzio d'armatori diventa, nei rapporti esterni, una unità, una personalità, in nome e sotto la bandiera della quale si fanno navigare navi, si sfruttano le terre, si fondano fattorie, si concludono contratti. Nei rapporti interni invece, non si ha che una maggior compattezza, e una più salda organizzazione, in vista del carattere pubblico di queste società (22), create per ispirazioni dei sovrani e dei governi per colonizzare terre lontane, e in cui re, principi e ministri ponevano ingenti capitali.

Ma nei rapporti interni il carattere di comunione era ben lungi dall'essere del tutto sparito, che anzi esso spesso appariva in contrasto col carattere di unità, col quale la società si affermava al di fuori. Il contratto con cui fu ristabilita nel 1635 la *Compagnie des Antilles* francese stabiliva all'art. 11:

> *Et en cas que par ci-après il arrivât telle perte à la compagnie (ce qu'à Dieu ne plaise) qu'il fût necessaire de faire un nouveau fond, il sera loisible à ceux qui ne voudront contribuer leur cotepart, de renoncer à la société, et ce faisant ils perdront leur part de la proprieté des dites Isles, et des marchandises et autres choses, qui seront en icelles, même des vaisseaux, si aucuns y a, qui appartiennent en propriété à la dite compagnie* (23).

Qui i soci sono chiaramente qualificati come *proprietari delle isole* e delle altre cose che costituiscono il capitale della società: da tutto il complesso dell'articolo è facile persuadersi come il capitale della società fosse considerato patrimonio comune *pro indiviso* di tutti i soci, e quindi anche proprietà di ciascuno di essi per la sua quota intellettuale.

---

(22) LEHMANN, *Die geschichtliche Entwikelung*, pag. 50.

(23) Citato da LEHMANN, *Die geschichtliche Entwikelung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*, pag. 47.

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO VIGENTE

§ 1. – *Le varie teorie*

SOMMARIO: 19. Diverse tendenze nella scienza a proposito della personalità giuridica delle società commerciali. — 20. Teoria della pura comunione del LABAND. — 21. Teoria dell'universalità non personificata dell'UNGER. — 22. Critiche alla teoria dell'UNGER. — 23. teoria del *patrimonio separato* (*Sondervermögen*). — 24. Critica di tale teoria. — 25. Teoria della *società personificata* dall'ADLER. — 26. Critica della teoria dell'ADLER. — 27. Teoria del PESCATORE. — 28. Teorie che ammettono *in modo assoluto* la personalità giuridica nelle società commerciali; critica generale di esse. — 29. Teoria del *patrimonio ad uno scopo* (*Zweckvermögen*) del KRÜCHMANN. — 30. Critica di tale teoria.

19. La tendenza, di cui abbiamo discorso nel capitolo precedente, a separare cioè, riguardo alla questione della personalità giuridica delle società commerciali, i rapporti esterni coi terzi dai rapporti interni fra soci, abbiamo visto pure come mai abbia potuto dirsi ben chiara e definita. Ma essa non diede luogo a dispute notevoli che nella seconda metà del nostro secolo, e precisamente dacchè nella conferenza di Norimberga si trovarono per la prima volta di fronte i fautori e gli avversari della dottrina della personalità.

Allo stato attuale della scienza, tre correnti si sono designate a proposito della questione se debba o no attribuirsi la personalità giuridica alle società commerciali. Secondo alcuni il concetto di persona giuridica è assolutamente estraneo a quello di società commerciale. Secondo altri le società commerciali costituiscono, nel modo più assoluto, delle persone giuridiche. Secondo altri infine le società godono della personalità giuridica per ciò che riguarda i rapporti coi terzi, restando i rapporti interni regolati dal solo contratto sociale.

Esaminiamo ora una per una codeste differenti opinioni, dallo studio e dalla critica delle quali mi pare debba emergere assai chiaramente che la dottrina, la quale distingue i rapporti interni dagli esterni, e che, come vedemmo, torva il suo fondamento nelle

tendenze manifestatesi già nel diritto romano ed intermedio, non sia degna, come pure hanno fatto recenti ed autorevoli scrittori italiani e stranieri, di essere messa da parte, come parto di una fantasia giuridica, più che risultato di studi scientificamente esatti e rigorosi.

20. Di coloro, i quali negano addirittura alle società commerciali il carattere di persone giuridiche, alcuni limitano tale loro opinione negativa alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, accordando invece la personalità giuridica alle società per azioni (in accomandita e anonime). In questo senso sono notevoli le teorie del LABAND, dell'UNGER e dell'ADLER. Invece si applica anche a quest'ultima specie di società un'altra teoria, pure contraria alla personalità giuridica, che è quella del *patrimonio separato* (*Sondervermögen*).

Il LABAND dopo essersi domandato (1) quale è il sintomo caratteristico mediante il quale la natura giuridica di una riunione di più uomini si manifesta come società (2) o come persona giuridica, e, dopo avere esaminato le varie teorie che si sono escogitate a proposito della natura intima delle persone giuridiche, finisce per concludere che la principale differenza tra una persona giuridica ed una società, sta in ciò, che la persona giuridica può essere soggetto di diritti patrimoniali, mentre una società è soltanto un complesso di diritti e di obblighi pecuniari fra i suoi componenti (3).

Posti questi principi egli ne deduce le seguenti conseguenze:

1) Le persone giuridiche possono avere un patrimonio, mentre le società non possono. Anche nelle società vi è — è vero — un complesso patrimoniale, il quale è destinato esclusivamente agli scopi sociali, in modo che i soci rinunziano di servirsene ad altri scopi, ed è completamente separato dal patrimonio dei singoli soci.

---

(1) LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften* nella GOLDSCHMIDT'S, *Zeitschrift*, XXX, (1885), pag. 468-471.

(2) I tedeschi usano, non molto esattamente, mi pare, la parola *società* nel senso di *pura* comunione e in contrapposto, quindi, *a persona giuridica*. Dico non esattamente perchè la comunione non è che l'effetto che produce d'ordinario l'esistenza della società: ma ciò non toglie che, qualche volta, la società possa dar luogo invece ad una persona giuridica. Vi può essere una società-comunione ed una società-persona giuridica.

(3) LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, *Zeitschrift*, XXX, pagg. 496-497.

Ma giuridicamente un tale *patrimonio sociale* è sempre il patrimonio comunitativo dei soci, mentre il patrimonio di una persona giuridica appartiene unicamente ad essa (4).

2) Le persone giuridiche possono avere debiti mentre le società non possono. O — in altri termini — i debiti di una società sono sempre debiti dei soci, e pei quali essi sono tenuti solo in ragione della loro qualità di soci. Invece, i debiti di una persona giuridica sono per i suoi componenti debiti di un'altra persona distinta da essi, pei quali essi, nella loro sola qualità di soci, non sono tenuti.

Quando adunque lo Stato mediante una generale disposizione legislativa, o mediante una legge speciale esclude la responsabilità dei membri di una collettività per i debiti di questa, esso ha anche attribuito a questa un patrimonio attivo e ne ha fatto un soggetto attivo e passivo di diritti. La personalità giuridica di una collettività quindi apparisce anche dalla non responsabilità dei soci per i debiti della collettività.

Quindi il LABAND conclude:

Le collettività, nelle quali il diritto positivo libera i componenti della responsabilità per le obbligazioni contratte per il raggiungimento degli scopi sociali, sono persone giuridiche; le collettività nelle quali i componenti come tali sono responsabili delle obbligazioni contratte per il conseguimento degli scopi sociali, sono semplici rapporti giuridici (5).

Da questi principi sorge naturale la conseguenza che solo le società per azioni si possono chiamare persone giuridiche, mentre le altre società commerciali appartengono alla categoria giuridica delle semplici società.

Ma una sola considerazione fa subito comprendere come la conclusione che il LABAND trae dalle sue premesse non sia strettamente logica. È vero infatti che non vi possono essere debiti senza un patrimonio e quindi senza una persona che ne sia proprietaria, ma ciò non toglie che i debiti possano essere garantiti con una responsabilità sussidiaria di altri obbligati; per tal modo quello che si escute è il patrimonio della persona giuridica; ma la natura giuridica di questo patrimonio non cambia se i creditori possono, oltre

---

(4) LABAND, *op. cit.*, pag. 497.

(5) LABAND, *op. cit.*, pag. 502, 503.

alla garanzia che loro viene da esso, assicurarsi anche in altro modo dei loro crediti (6).

21. L'UNGER invece comincia dal distinguere due specie di persone giuridiche: le *universitates personarum* (corporazioni) e le *universitates bonorum* (fondazioni). Ma non tutte le universalità di persone sono persone giuridiche. Tali sono soltanto le universalità di persone *personificate*. Nelle universalità di persone personificate, costituenti cioè persone giuridiche, la riunione di una pluralità di persone fisiche (naturali) appare solo come il sostrato del soggetto giuridico artificiale. Ma, anche prescindendo dalla personificazione, questo sostrato costituisce sempre una unità, e questa unità è *effettiva e reale*. La elevazione di questa unità reale ad unità artificiale (persona giuridica) è un fatto posteriore anche storicamente ed avviene mediante una astrazione, come dice lo IHERING, di cui solo una intelligenza giuridica progredita è capace (7). Invece nelle universalità di persone non personificate si ha una unità collettiva la quale non è un'astrazione, nè come tale si libra sui membri della corporazione, ma è identica con essi e solo con essi si realizza e vive. Non sorge quindi un nuovo soggetto ideale, ma i soggetti riuniti in un'unica totalità sono e rimangono i soggetti; l'*universitas* sono gli *universi*. Così, quando un reggimento, che è una unitá tattica, marcia e combatte, marciano e combattono i soldati, i quali lo compongono, e non già accanto o sopra di essi il Reggimento come soggetto ideale o come una grandezza astratta per sè stante. E che questa unità così formata sia naturale, talchè essa ricomparisce sempre anche quando la progredita coscienza giuridica ha dato vita a quella astrazione che si chiama persona giuridica, ce lo dimostra il fatto che il patrimonio delle università personificate è considerato come *patrimonio comune* (*pecunia communis*, *arca communis*, *servus communis*) e che i giuristi ed imperatori Romani trovano necessario di inse-

---

(6) V. anche BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar 1886, I, pag. 217; BONELLI, *La personalità giuridica delle società commerciali*, Estratto dalla *Legge*, Roma, 1887, pag. 12; ECCIUS, *Die Handelsgesellschaften als Prozesspartei*, nella *Zeitschrift für das ges. Hand.* XXXII, pag. 1. Una critica della teoria del LABAND dal punto di vista del diritto positivo tedesco (art. 119, 122 del Cod. di Comm. germ.) si trova in ADLER, *Zur Entwikelunglsehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts*, Berlin, 1895, pag. 81-85.

(7) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, I, pag. 202, n. 98.

gnare ed ordinare che le cose, le quali appartengono alla uniersalità personificata non appartengono ai singoli componenti, e che i debiti e crediti delle universalità personificate non sono debiti e crediti dei singoli loro membri (8).

Dunque, secondo l'UNGER, per il diritto attuale bisogna distinguere due specie di universalità di persone: le *personificate* e le non *personificate*, così come anche per le *universitates bonorum* si distinguono le personificate (*pia causa*, *pium corpus*), e le non personificate (per es. la successione *ab intestato*) (9). Alla categoria delle universalità di persone non personificate appartengono le società commerciali in nome collettivo. La società commerciale in nome collettivo è dunque — secondo l'UNGER — una totalità collettiva, la totalità dei soci. In conseguenza di questa unione di soci in un tutto reale e naturale, in una unità collettiva, una tale società è un *corpus* nel senso più ampio e non tecnico della parola (10).

22. Questa dottrina dell'UNGER fu dal BONELLI sottoposta ad una bella ed acuta critica, alla quale però non posso in ogni parte associarmi. Specialmente mi pare che la critica del BONELLI non colga giusto per ciò che riguarda la costruzione scientifica che l'UNGER ci dà delle universalità non personificate in confronto delle personificate. Per l'UNGER l'universalità è di per sè stessa una unità reale che diventa poi ideale, astratta, per mezzo della successiva personificazione. Il BONELLI sostiene che il contrario invece è vero, vale a dire che l'unità della universalità diventa reale solo mediante la personificazione. Evidentemente il BONELLI, nello studio di questa questione è stato di soverchio preoccupato da un'altra questione, la cui importanza certo per la soluzione della prima io non voglio disconoscere, ma che forse l'UNGER non ebbe presente e a cui non volle alludere nella esposizione della sua dottrina. Intendo parlare della questione del fondamento e della natura della personalità giuridica. Il BONELLI, fautore convinto della teoria della realtà, e più specialmente del patrimonio destinato ad uno scopo (*Zweckvermögen*) si è meravigliato di sentir chiamare *reale* l'unità della universalità non personificata, e *ideale* quella della universalità personificata. Ma il

(8) UNGER, *Personengesammtheit und offene Handelsgesellschaft*, nei IHERING'S *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Privatrechts*, XXV, pag. 243, e seg.

(9) UNGER, *Personengesammtheit und offene Handelsgesellschaft*, pag. 248.

(10) UNGER, *op. cit.*, pag. 251, 252.

fatto è che — sia pure (come crede il BONELLI) l'unità della universalità personificata reale come quella della universalità non personificata — l'importante è che sia reale anche quest'ultima, per quanto l'unità sia, per così dire, meno progredita e meno perfetta di quella della universalità rivestente il carattere di persona giuridica.

Quello invece che è certo — e su cui non mi sembra possa cadere questione — è che la teoria dell'UNGER serve più che a risolvere, a spostare la questione della personalità giuridica delle società di commercio. Non mi spingerò fino al ripetere col BONELLI che il ragionamento dell'UNGER non fa fare un sol passo alla questione che ci preoccupa, ma è un fatto che dire che le società commerciali sono delle universalità di persone non personificate, non è altro che affermare la mancanza del carattere di persone giuridiche in esse società. Ma questo è appunto ciò che si doveva dimostrare. La questione sta quindi proprio nel vedere se le società commerciali sono delle universalità di persone non personificate, o se, al contrario, sono delle universalità di persone personificate.

23. Un'altra teoria è quella del *patrimonio separato* (*Sondervermögen*). Essa fu esposta dapprima dal RÖSLER e dal KUNTZE, e quindi accolta dall'EHRENBERG, e, di recente, dal FRANCKL (11).

L'EHRENBERG, occupandosi del fondamento giuridico della responsabilità limitata dei soci di una società in accomandita, vuol dimostrare che tutte le obbligazioni contratte dalle società in accomandita, sono obbligazioni contratte dai singoli soci, e quindi sono obbligazioni personali dei soci. Particolarità di queste obbligazioni è però quella di non essere eseguibili su tutto il patrimonio del debitore, ma sopra una parte separata di questo patrimonio. Il debitore in altri termini separa dal suo patrimonio un oggetto o altra parte di esso, e solo su questo il creditore può far valere le sue ragioni (12).

---

(11) RÖSLER, nella *Zeitschrift für das ges. Hand.* IV, pag. 30; KUNTZE, nella *Zeitschrift für das ges. Hand.* VI, pag. 194; EHRENBERG, *Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht*, Jena, 1880, pag. 457 e segg.; FRANKL, *Koncurs der offenen Handelsgesellschaft*, Prag, 1891, pag. 16, e anche BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, pag. 147 e segg. e specialmente pag. 151. Questa teoria del *patrimonio separato* si trova anche accennata come spiegazione e completamento delle loro dottrine, negli scritti del LABAND e, come vedremo, dell'UNGER.

(12) EHRENBERG, *op. cit.*, pag. 457 e seg.

Anche l'UNGER afferma che il patrimonio sociale è separato dal restante patrimonio dei soci, e che la sua disponibilità è sottratta agli scopi privati di ognuno di essi per essere destinata esclusivamente agli scopi della società (13).

24. Veramente io non saprei come giustificare questa idea del patrimonio separato presso l'UNGER il quale, in altro luogo (pag. 255) dichiara esplicitamente che le obbligazioni della società sono le obbligazioni dei singoli soci, nè posso credere che l'EHRENBERG ci abbia voluto dare tutta la teoria delle società in accomandita, e, in genere, a responsabilità limitata, con quel suo principio delle obbligazioni ad eseguibilità limitata. Essa infatti non guarda che un lato solo del problema, la limitazione alle responsabilità dei soci in alcune forme di società commerciali, ma lascia tutti gli altri all'oscuro. E il fatto stesso che egli ha voluto costruire un'unica teoria della responsabilità limitata tanto per le società commerciali che per l'armatore e per gli interessati al carico di una nave, dimostra quanto debba essere insufficiente la sua teoria. L'eseguibilità limitata al *Sondervermögen* ad esempio, per dirne una, non spiega affatto l'esclusione dei creditori particolari del socio dal far valere i loro diritti sul patrimonio sociale (art. 85 del codice di commercio italiano) come non spiega la possibilità di un fallimento sociale senza il fallimento dei singoli soci. Che se poi a questo patrimonio si assegnano — come fanno altri scrittori — creditori e debitori particolari, che non sono creditori e debitori del socio, il quale di questo patrimonio dovrebbe essere proprietario, vale a dire se al *Sondervermögen* si assegnano diritti attivi e passivi distinti da quelli del socio, io non so che cosa gli manchi per essere addirittura persona giuridica.

25. Una costruzione assai ingegnosa è quella che di recente ha esposto l'ADLER. Essa si basa tutta sull'elemento della solidarietà, il quale, infiltratosi nella pura società romana, ne avrebbe modificato i principî in modo da creare al patrimonio sociale una immunità, prima di fatto e poi di diritto, contro le pretese dei creditori particolari dei soci. Nella pura società romana, le obbligazioni si dividono fra tutti i soci per quote virili (14). Ma, in seguito, il Pretore comincia a dar facoltà a chi ha contrattato con uno dei soci

---

(13) UNGER, *op. cit.*, pag. 258.

(14) Così come è per la nostra società civile: art. 1727 cod. civ.

della società, di rivolgersi contro colui che ha la maggior parte nella società (l. 44 § *de aedil. edicto* Dig. XXII, 1), e quindi, anche contro qualunque dei soci della società (l. 2 *de exerc. act.* Dig. XIV, 1), e questo *ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* (15). Nel diritto intermedio questa solidarietà si accentua, e da essa sorge la società commerciale del diritto vigente, la quale è una comunione, ma una comunione *modificata*. L'elemento modificatore, che solleva il patrimonio sociale al disopra delle condizioni di patrimonio comune è non già la forza interna di una coesione organica, ma la forza esterna della pura solidarietà, la quale concede al creditore sociale, e solo ad esso, il diritto di escutere il patrimonio sociale ancora indiviso, e lo rende immune contro ogni pretesa del creditore particolare. Di qui sorge l'apparenza di una maggiore unità organica (*personalità giuridica*) che l'ADLER respinge. Ma come avviene questa modificazione per opera del principio delle solidarietà? Come avviene che dal patrimonio sociale sono esclusi i creditori particolari dei soci, ed esso diventa la garanzia esclusiva dei creditori sociali? Da una parte la solidarietà accorda direttamente questo privilegio, perchè libera i creditori del debito solidale, cioè i creditori sociali dall'obbligo di escutere le quote patrimoniali dei suoi debitori, da un'altra la solidarietà promuove un ulteriore sviluppo di questo privilegio man mano che i bisogni del commercio lo richiedono, per ovviare agli inconvenienti che altrimenti potrebbero sorgere nelle crisi delle società (16).

26. Per quanto sia ingegnosa e brillante questa teoria, che l'ADLER chiama della *società modificata*, mi sembra evidente che essa vuol troppo dedurre, ed esagera l'importanza degli effetti prodotti dalla solidarietà, al fine di spiegare il diritto esclusivo dei creditori sociali sul patrimonio sociale. Per quanto invero si faccia, il principio della solidarietà è sempre affatto insufficiente a dar la ragione della esclusione dei creditori particolari dei soci dal patrimonio sociale. Sta bene infatti che in forza della solidarietà, il creditore sociale non ha più bisogno di escutere tutti i soci individualmente, per farsi rimborsare da ognuno una quota virile del suo cre-

---

(15) ADLER, *Zur Entwikelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts*, Berlin, 1895, pag. 5-28.

(16) ADLER, *op. cit.*, pag. 70 e segg. V. anche GOLDSCHMIDT, *System des Handelsrechts*, Stuttgart, 1892, pag. 119.

dito, ma può pagarsi sul patrimonio posto in comune senza aver riguardo alla parte che in esso ha ognuno dei soci. Ma da questo, a quello che è veramente la caratteristica delle società commerciali, alla esistenza cioè di un patrimonio autonomo sottratto ai creditori particolari dei soci, ci corre. E, del resto, se la solidarietà avesse la virtù di immunizzare la cosa comune dalle pretese dei creditori particolari dei condomini a favore di coloro che divennero creditori in occasione della cosa comune (creditori comuni) questa regola dovrebbe verificarsi dovunque sono rapporti di comunione uniti a responsabilità solidale dei condomini. E, quindi, per dirne una, i creditori particolari dei comproprietari di una nave, i quali esercitano in comune l'industria marittima, dovrebbero essere esclusi dal far valere le loro ragioni sulla nave. Il vero è che volere attribuire alla solidarietà tali effetti è un voler porre nella conseguenza più assai di quello che sia nelle premesse.

27. Un'ultima teoria infine nega la personalità giuridica alle società commerciali perchè esse non costituiscono *enti perpetui e pubblici* (17). È questa la teoria del PESCATORE, che trionfò in seno alla Commissione del Senato incaricata di esaminare il progetto di legge relativo alle società ed associazioni commerciali, e che l'illustre giureconsulto ribadisce nel libro: *Filosofia e dottrine giuridiche*. A dire il vero, quando ci si intenda bene sul significato delle parole, si finisce per persuadersi che questa teoria non disconosce, in fondo, la personalità giuridica delle società commerciali. Il PESCATORE infatti distingue gli enti giuridici in *assoluti* e *relativi*; assoluti sarebbero quelli che rappresentano un interesse pubblico, perpetuo e personificano per conseguenza non solo la generazione vivente, ma anche le generazioni future. La generazione presente avrebbe sul patrimonio dell'ente un semplice *uso transeunte*, non già la proprietà stabile ed esclusiva. E poichè il sistema positivo attuale non permette, per ragioni d'ordine pubblico, il formarsi della ma-

---

(17) App. Lucca, 29 maggio 1878, *Foro ital.*, 1878, 1, 559, Cass. Torino, 7 marzo 1884, *Giur. Tor.*, 1884, 497, Cass. Torino, 30 giugno 1887, *Foro ital.*, 1887, 1, 601; Cass. Firenze, 21 giugno 1894, *Temi Veneta*, 1894, 373; CESARINI negli *Annali della giur. ital.*, 1878, III, 219; PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, pag. 140 e segg., 454 e segg. e *Giornale delle leggi*, 1875, 65; RICCI, *Corso di dir. civile*, I, n. 3; PACIFICI-MAZZONI, *Ist. di dir. civ.*, 1, n. 95; OTTOLENGHI, *Dir comm.*, II, p. 170; MATTIROLO, *Dir. giud. civ.*, II, pag. 63; PIERANTONI, *Rass. di dir. comm.*, II, pag. 1; RODINO nella *Giur. ital.*, 1896, 1, 566.

nomorta, cioè il vincolo dei beni ad uso privato, questi enti assoluti, non potrebbero sorgere che per l'adempimento di un fine sociale perenne. La società commerciale invece è un ente giuridico relativo: essa sorge colla parvenza di una persona diversa dalle persone dei soci, con patrimonio, debiti e crediti propri. Questa parvenza varrebbe solo rispetto ai terzi; per ogni altro rispetto, no; esse sono enti giuridici relativi non assoluti. Ora, a questo ente giuridico, sia pure relativo, che ha patrimonio, crediti e debiti propri, che cosa manca per essere una persona giuridica? Persona non significa altro che soggetto di diritti: persona giuridica, *corpus intellectuale*, in contrapposto a persona fisica, è appunto l'ente in quanto è capace di diritti. La distinzione dunque del PESCATORE si risolve tutta in quella fra *persone giuridiche di ragion pubblica* (*corpi morali*) e *persone giuridiche di diritto privato*. Forse non sempre le parole adoperate rispondono a questo concetto, ma mi pare che, nel complesso, non si possa vedere nel PESCATORE un vero avversario della personalità giuridica delle società commerciali, quando si intende la frase *persona giuridica* nel senso di ente capace di diritti patrimoniali.

28. Siamo così giunti alla opinione che afferma assolutamente ed incondizionatamente la personalità giuridica delle società, che la afferma cioè sia verso i soci che verso i terzi, e quindi intende per personalità giuridica non solo capacità di diritti, ma capacità *erga omnes*, assoluta (18). Ma trovare tra i seguaci di questa dottrina

---

(18) Cass. Torino, 17 gennaio 1867, *Giur. Tor.*, 1867, 113; App. Brescia, 29 marzo 1867, *Annali*, 1867, II, 517; App. Napoli, 14 aprile 1869, *Annali*, 1869, II, 317; App. Ancona, 11 marzo 1876, *Annali*, 1876, II, 427; Cass. Roma, 26 marzo 1896, *Foro ital.* 1896, 1, 1077; GALLUPPI, *Istituzioni di diritto commerciale.*, Torino, 187, I, pag. 164; TEDESCHI, *Dissertazione sui corpi morali*, Torino, 1877, n. 4; GIORGI, *Teoria delle obbl.*, III, n. 157. Dottrina delle persone giuridiche o corpi morali, VI, pag. 332 e segg.; DELTIGNOSO, *L'obbligazione illimitata dei soci studiata in confronto della personalità giuridica della società*, Palermo, 1885, passim.; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 269; SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze, 1897, pag. 4; MARGHIERI, *Il diritto comm. italinao*, n. 115, e segg.; BONELLI nella *Legge*, 1887, II, 317. Id. *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale* nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, VII, pag. 3 e 169. *Sulla teoria generale della personalità giuridica* nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, IX,, pag. 325. Id. *Appunti sul fallimento delle società commerciali*, estratto dalla *Rivista ital. per le scienze giur.*, Torino, 1897, pag. 5. ID., *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, estratto dall'*Arch. giur.*, Bologna, 1897, pag. 6 e segg.; FADDA e BENSA, *Note alle*

una teoria organica, un compiuto sistema giuridico, non è cosa facile. Anche coloro che si sono diffusamente occupati dell'argomento non hanno fatto altro che mostrare come nelle società commerciali si riscontrassero effettivamente tutti i caratteri della personalità giuridica; proprietà, crediti e debiti distinti da quelli dei soci, e quanto a costituire esse persone giuridiche *anche rispetto ai soci*, si contentano di affermarlo, dicendo che l'espressione dell'art. 77 del cod. di comm.: « Le società anzidette costituiscono, *rispetto ai terzi*, enti collettivi distinti dalle persone dei soci », si deve intendere in modo assoluto, perchè l'aggiunta *rispetto ai terzi*, è una frase senza importanza, che nulla toglie al concetto affermato del restante della espressione. Del resto, più preoccupati ad abbattere le obiezioni degli avversari, che a costruire per loro conto, i sostenitori della personalità assoluta difettano, si può dire, di una costruzione sistematica. Non posso però fare a meno di notare una obiezione che sorge spontanea contro la dottrina della personalità assoluta, a proposito delle società in nome collettivo. Se la sorte della società fosse del tutto indipendente, non avesse proprio nulla a che fare con quella dei singoli soci che la compongono, quando, mediante successive uscite ed entrate, avviene un mutamento di tutti i soci, in modo che ai vecchi se ne sostituiscono dei nuovi, la società antica dovrebbe permanere come persona giuridica. Invece ciò non è, come giustamente osserva l'ADLER. Infatti che cosa è che resta in questo cambio? Il patrimonio? No certo, perchè quello conferito dagli antichi soci è sostituito da quello conferito dai nuovi. La ragione sociale? Neppure questa, perchè in essa devono figurare solo i nomi di coloro che *attualmente* sono soci (art. 105 cod. di comm.) La società stessa? Ma è questo appunto che cerchiamo di sapere. L'unica cosa che resta è una responsabilità comune fra i vecchi e i nuovi soci per i debiti antichi della società. Identica, necessariamente identica non resta dunque che una parte dei debiti. E ciò non basta per dire che la società è la stessa (19).

Pandette del WINDSCHEID, II, pag. 803 e segg.; ECCIUS, *Die Handelsgesellschaften als Prozesspartei* nella *Zeitschrift für das ges. Hand.*, XXXII, pag. 1; AFFOLTER, nell'*Archiv für bürgerliches Recht*, V, pag. 1 e segg.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 407; KRÜCHMANN, nei GRUCHOT'S, *Beiträge*, XXXVII, pag. 234 e segg. Così pure tutta la dottrina francese: v. LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, n. 105 e segg.; VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, I, n. 27.

(19) ADLER, *op. cit.*, pag. 86.

29. Fra i sostenitori della teoria della personalità assoluta, speciale menzione merita il KRÜCHMANN, il solo, che io mi sappia, il quale riannodandosi ad una teoria organica della personalità giuridica, abbia dato una base sistematica alla personalità giuridica delle società commerciali (20).

Per il KRÜCHMANN, il patrimonio di una società commerciale è sempre un patrimonio ad uno scopo (*Zweckvermögen*) e, come tale, una persona giuridica. Ora nelle società in nome collettivo il patrimonio sociale non sarebbe altro che un patrimonio ad uno scopo, e quindi una persona giuridica, la quale, insieme, alle altre persone naturali comporrebbe la somma dei soci. La società in nome collettivo quindi consterebbe, secondo il KRÜCHMANN, di più persone fisiche e di una persona giuridica, il patrimonio sociale (*Das offene Handelsgesellschaft besteht aus mehereren physischen und einer iuristischen Person, den Gesellschaftsvermögen*) (21). Le azioni del patrimonio e contro il patrimonio, il fallimento del patrimonio sociale come tale, non si potrebbero spiegare senza la personificazione del patrimonio. Gli organi di questa persona giuridica sarebbero i soci della società e più specialmente i soci amministratori. Essi avrebbero la rappresentanza della persona giuridica verso i terzi e verso il resto dei soci (22).

La società in accomandita ha per il KRÜCHMANN una struttura analoga a quella della società in nome collettivo: solo il patrimonio destinato allo scopo è fornito anche dai contributi di terzi, i soci accomandanti. Fra i soci responsabili senza limitazione esiste, analogamente che nella società in nome collettivo, una società, e così pure fra essi e la persona giuridica, lo *Zweckvermögen*. Da questo rapporto di società è escluso il socio accomandante, fra il quale ed i soci accomandatari (i veri soci) nonchè lo *Zweckvermögen* esiste solo un rapporto contrattuale (23).

---

(20) Il BONELLI recentemente nel suo eccellente studio critico sul *Fallimento delle società commerciali*, Torino, 1897 (Estratto dalla *Rivista ital. per le scienze giur.*), a pag. 5 afferma, a proposito della personalità giuridica delle società commerciali, che *la personalità giuridica è l'unità autonoma del patrimonio*. Anche egli quindi, come il KRÜCHMANN, si riferisce alla teoria del patrimonio a uno scopo, di cui altra volta (nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. IX), si era mostrato valido difensore. Ma una dimostrazione completa della sua tesi, egli non ci ha, sfortunatamente, ancora dato.

(21) KRÜCHMANN, *Verein, Verbindung, Gesellschaft, Korporation* nei GRUCHOT'S *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, XXXVII, (1893), pag. 236.

(22) KRÜCHMANN, *op. cit.*, pag. 239.

(23) KRÜCHMANN, *op. cit.*, pag. 241.

Nelle società per azioni la cosa è ancora diversa. Il patrimonio delle società per azioni è tutto un patrimonio destinato ad uno scopo capace di diritti, vale a dire persona giuridica. Come tale, questa conclude contratti, acquista proprietà, agisce in giudizio. Questa persona giuridica però sta in rapporto di giuridica dipendenza con una determinata classe di persone, cioè gli azionisti. Essi sono creditori della persona giuridica, ma creditori di una specie particolare, in forza cioè del possesso dell'azione. Ogni azione è un piccolo debito della persona giuridica, e l'azionista ha, in ragione di esso, un diritto di obbligazione contro la persona giuridica (24).

30. Questa teoria, di cui ho dato le somme linee, ma che il KRÜCHMANN sviluppa per molte pagine della sua monografia, mi pare evidentemente non meriti di essere citata che a titolo di curiosità perchè in nessun modo posso ad essa attribuire un serio valore scientifico. E non lo posso per più motivi.

In primo luogo essa si basa tutta su quella teoria della personalità giuridica che è la teoria dei *patrimoni ad uno scopo* (*Zweckvermögen*) la quale ha tanti e così autorevoli avversari nel campo stesso della dottrina civilistica, che non so quanto sia prudente il trasportarla senz'altro nel diritto commerciale per farne il caposaldo di una teoria della personalità giuridica delle società di commercio. Poi la teoria stessa del KRÜCHMANN più che una soluzione della questione è un bizzarro bisticcio in cui la questione finisce per restare insoluta. Il patrimonio conferito dai soci costituisce infatti nel suo sistema una persona giuridica, ma forma la società insieme coi soci stessi. Se poi questa nuova società costituisca o no persona giuridica (il che è appunto quello che si vorrebbe sapere) il KRÜCHMANN non dice.

§ 2. — *Costruzione del sistema.*

(24) KRÜCHMANN, *op. cit.*, pag. 241 e segg.

31. La questione della personalità giuridica delle società commerciali può essere studiata sotto un duplice punto di vista: dal punto di vista cioè del diritto razionale e da quello del diritto positivo vigente.

Dal punto di vista razionale il modo più facile e più sicuro di dirimere la controversia sarebbe quello di risalire all'intima natura della personalità giuridica, e domandarsi: nelle società commerciali si riscontrano le caratteristiche della persona giuridica? E fatto tale esame, la questione sarebbe bella e risolta. Ma tutti sanno di quante e quali dispute sia oggetto nal campo del diritto la questione dalla quale si dovrebbe far dipendere la nostra: talchè val meglio non ingolfarsi in questa spinosa via, ma prendere invece alcuni dei caratteri più spiccati, alcune delle più importanti conseguenze delle personalità per vedere se esse si trovano nelle società commerciali.

Dal punto di vista positivo la ricerca ha forse maggiore importanza. Ed ha maggiore importanza perchè, qualunque siano le idee che si possano professare sopra l'intima natura delle persone giuridiche, questo è certo ad ogni modo: che esse non possono sussistere se non per il riconoscimento da parte dello Stato, ed entro i limiti del riconoscimento medesimo.

Ciò premesso, esaminiamo il problema da ambedue i lati, e prima, da quello del diritto razionale.

32. Se adunque non si vuole incappare nella difficile ed eterna questione della natura delle persone giuridiche, conviene far capo a quella che è la vera caratteristica delle società commerciali, e che le differenzia assolutamente dalle società civili, vale a dire l'esclu-

sione dei creditori particolari dei soci dal patrimonio sociale. Dal punto di vista del diritto razionale, questo fenomeno è di una importanza capitale. Perchè tutto infine si riduce a vedere se esso è compatibile col concetto della comunione pura o modificata, oppure se è indispensabile, per dargli una base razionale, ammettere che esso si verifica perchè la società commerciale costituisce una persona giuridica. Vedemmo già come debba ritenersi fallito il tentativo dell'ADLER di spiegare questa esclusione colla influenza esercitata sulla società-comunione dall'elemento della solidarietà. E mi pare che, di fronte ai principî generali di diritto, ogni tentativo di questo genere non possa avere che esito infelice. Il principio infatti che i beni del debitore sono la *garantia comune* dei suoi creditori, sancito dall'art. 1949 cod. civ., e ribadito colla severa sanzione della revoca degli atti fraudolenti diretti a sottrarre ai creditori tutto o parte del patrimonio che costituisce la loro garanzia (art. 1235 cod. civ.), è per me un ostacolo insormontabile alla conciliazione della idea di società-comunione, colla esclusione dei creditori particolari dei soci dal patrimonio posto in comunione. Se infatti esso rimane in proprietà (sia pure comune *pro indiviso*) dei soci, è forza concluderne che i creditori particolari di questi debbono poter far valere su di esso i loro diritti.

33. Non mi dissimulo che a questa argomentazione si potrebbero opporre alcune obiezioni. Si potrebbe dire infatti: se è vero che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un eguale diritto, la legge stessa (art. 1949) aggiunge che è eccettuato il caso in cui fra i creditori vi siano cause legittime di prelazione. Ora per le società commerciali si può benissimo ammettere che i creditori sociali, i creditori cioè che hanno contrattato con uno o più soci, nella loro qualità di soci, di comproprietari del patrimonio comune, abbiano un diritto di prelazione sul patrimonio comune stesso. E d'altra parte di questo diritto di prelazione i creditori particolari dei soci non si possono lagnare, perchè essi ne sono stati avvisati mediante la pubblicità che la società costituendosi ha dato alla sua esistenza, e che si è manifestata legalmente colla trascrizione ed affissione dell'atto costitutivo. Si può dire che qui si riproduca una posizione analoga a quella dei creditori chirografari rispetto ai creditori privilegiati ed ipotecari. Anche questi come i creditori sociali acquistano una posizione privilegiata, ed anche rispetto ad essi, come rispetto ai creditori sociali, gli altri

creditori non possono lagnarsi, perchè sono stati avvisati mediante la pubblicazione dell'atto che ha dato luogo al privilegio.

È questo l'unico punto di vista sotto il quale si potrebbe giustificare il sistema della società-comunione per conciliarlo col fenomeno della esclusione dal patrimonio comune dei creditori particolari dei soci. A dire il vero, non l'ho visto sostenuto da nessuno scrittore, ma ne tengo conto sia per la sua importanza, sia perchè quello che non è stato detto prima, può essere detto in appresso. Comunque sia, è certo che anche questa costruzione non regge ad una critica un pò rigorosa. Paragonare infatti il diritto esclusivo dei creditori sociali sul patrimonio sociale al diritto di prelazione del creditore privilegiato od ipotecario, mi sembra assolutamente inesatto, specialmente quando si consideri che questi ultimi hanno un semplice *diritto di prelazione* sulla cosa, mentre i creditori sociali vi hanno diritto *esclusivo*. E non si deve poi dimenticare un'altra grave differenza. Mentre infatti non si possono concepire creditori chirografari che siano obbligati a rispettare un diritto di prelazione, senza che vi sia un creditore che attualmente goda di questo diritto di prelazione, i creditori particolari dei soci sono esclusi dal patrimonio sociale anche quando creditori sociali non vi siano. O, in altri termini, vi sono creditori obbligati a rispettare diritti maggiori, ed esclusi quindi in un certo modo dal far valere le loro ragioni sopra beni determinati, solo in quanto vi sono altri creditori che questo diritto maggiore su tali beni posseggono; invece i creditori particolari dei soci di una società commerciale sono esclusi dal patrimonio sociale non perchè vi siano altri creditori con diritti maggiori, ma perchè *la società esiste:* e, finchè esiste, non possono far valere i loro diritti sui beni di essa.

34. Quindi la condizione dei creditori particolari dei soci non si spiega che ammettendo nella società una persona giuridica, con patrimonio suo, rispetto al quale i creditori dei soci nulla possono pretendere, perchè in realtà essi non sono creditori. Ma, d'altra parte, per spiegare questa condizione di cose neppure è necessario ammettere che la società commerciale costiuisca una persona giuridica in modo assoluto, in modo da escludere del tutto le persone dei soci ed il contratto sociale che fra essi è intervenuto. In altri termini mi pare, sia di fronte alla questione della esclusione dei creditori particolari dal patrimonio sociale, sia, in genere, rispetto a tutto il complesso dei principî che regolano la nascita, la vita, il termine

delle società-commerciali, che il sistema che più risponde alla realtà obbiettiva delle cose è il sistema della personalità giuridica *limitata ai rapporti esterni*, per la quale, rispetto ai terzi, esiste e si afferma la società persona giuridica, mentre, rispetto *ai soci*, resta la società-comunione. Terzi sono dunque in questo caso, tutti i non soci, e quindi per conseguenza tanto i creditori particolari dei soci che i creditori sociali.

35. Una prova molto convincente della logicità di questo sistema si ha quando si consideri che nelle società commerciali, a differenza delle persone giuridiche assolute, abbiamo un elemento da cui non è possibile prescindere, vale a dire il contratto sociale. Se anche infatti si ammette che la legge ha concesso alle società commerciali la personalità, l'esistenza della personalità non toglie, nè lo potrebbe, che le conseguenze del contratto intervenuto fra le parti permangano.

Per quel che riguarda i terzi dunque sta la legge: per quel che riguarda i soci sta il contratto. E che così sia, si ha fra l'altro una prova nel fatto che gli utili, i frutti cioè del capitale sociale non spettano — come potrebbe parere — alla società, ma ai soci. Nè i confronti tratti dal mondo biologico che il chiarissimo BONELLI ci appresta nel suo veramente ottimo lavoro sulla *Personalità giuridica delle società di commercio*, possono valere a distruggere questo fatto: che non si può parlare di personalità rispetto ai soci, quando le cose che anche di fronte ai soci dovrebbero figurare come proprietà dell'ente sociale, fruttano non all'ente ma ai soci che non vi hanno alcun diritto. Il BONELLI dice che « per essere una unità giuridica, la società non cessa di essere composta di soci; ciò riguarda la sua struttura interna, la quale è senza veruna influenza sulla nozione di *personalità*. Ora nella qualità di socio è inerente il diritto ad un certo profitto sul fondo tenuto insieme ed accresciuto mercè le operazioni sociali. Ma questo diritto distrugge così poco l'unità personale della società, che si presenta anzi come un diritto verso le società, resa così nel termine di un rapporto di obbligazione verso lo stesso socio » (1). Ma mi permetto di osservare che, posto un diritto del socio verso la società ai frutti delle cose che sono in proprietà di questa, io non saprei davvero come qualificare questo diritto del socio, e questa proprietà della società. Alle società infatti di fronte al socio non si potrebbe attribuire che una specie di *nuda proprietas*, perchè

(1) BONELLI, *op, cit.*, pag. 21.

al socio è riconosciuto un vero diritto di esigere gli utili netti prodotti dall'esercizio sociale (2). Ma anche su questo diritto le difficoltà non mancano. Che specie di diritto è? È un diritto reale di usufrutto, o un diritto d'obbligazione?

Da qualcuno si è voluto sostenere, in base all'art. 418 cod. civ. che il diritto del socio al dividendo è un semplice diritto di credito e non già un diritto dipendente dalla comproprietà del patrimonio sociale: ma che al contrario, gli utili spettano realmente alla società proprieraria, anche rispetto ai soci, del capitale sociale. Mi sembra però che l'art. 418, sia nel suo spirito, che nei suoi precedenti, non implichi affatto questa conseguenza. Esso dice: « Sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di denaro, od effetti mobili, le azioni e le quote di partecipazione nelle società di commercio e d'industria, *quantunque alle medesime appartengano beni immobili. In quest'ultimo caso tali azioni o quote di partecipazione sono reputate mobili riguardo a ciascun socio e pel solo tempo in cui dura la società* ». La disposizione di questo articolo per ciò che riguarda il carattere di mobili delle azioni o quote di società commerciali fu dettata evidentemente dal bisogno di non sottrarre alla vita ed alla circolazione commerciale le quote di comproprietà dei soci di una società di commercio, *quando nel patrimonio di queste vi fossero stati beni immobili*. Anteriormente al cod. di comm. del 1882 infatti è noto che si negava la commercialità degli immobili, ed avrebbe quindi dovuto negarsi la commercialità del diritto di comproprietà spettante ai soci di una società commerciale sul patrimonio sociale, quando in esso vi fossero beni immobili. Per ovviare a questo inconveniente che sarebbe stato davvero gravissimo, l'art. 418, senza mutare il principio universalmente accolto, sancì la mobilità del diritto dei consoci, appunto per far sì che non fossero sottratti al diritto commerciale rapporti che nel commercio e pel commercio avevano vita. E che questo soltanto abbia voluto la legge e non già anche stabilire una conseguenza della personalità giuridica risulta pure dal fatto che la presunzione di mobilità viene ristretta *ai soli soci ,e per il tempo in cui dura la società*. Rispetto ai terzi dunque il codice civile negherebbe la personalità, affermata poi così recisamente dal cod. di comm. Conseguenza assurda la quale dimostra che l'art. 148 non ha fatto, nè volute far altro che porre riparo ad un inconveniente che

(2) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 510.

si verificherebbe sotto l'impero della dottrina della incommercialità degli immobili, e che oggi, esso non ha nessuna ragione di esistere e di essere invocato.

36. Un'altra prova del fatto che la personalità giuridica rispetto ai terzi non toglie, e non può togliere la comproprietà nei rapporti tra soci, si ha nel diritto del socio alla divisione dei beni sociali quando la società sarà sciolta. Questo diritto alla divisione presuppone di necessità una comproprietà, giacchè è chiaro che non si può *dividere* se non quello che è *comune*. E che il diritto alla divisione nasca dal diritto di comproprietà e non già, come pur vorrebbe alcuno (3), dal fatto dello scioglimento, è dimostrato da ciò che nelle società per azioni il diritto alla divisione preesiste allo scioglimento della società ed accompagna nella sua vita l'azione: esso si cede coll'azione che è il titolo della proprietà del socio sulle cose sociali, e chi partecipa alla divisione è il proprietario attuale in forza appunto della cessione avvenuta. Talché il TROPLONG, pur così strenuo sostenitore della personalità giuridica delle società commerciali, è costretto ad esclamare, quanto ai rapporti interni: « La fiction du corps moral a beau se récommander par la raison et la force des choses: *elle ne peut faire que, sous certains rapports, les associés ne se regardent pas comme étant en réalité propriétaires indivis des apports mis en commun* » (4).

---

(3) F. S. BIANCHI, *Corso del cod. civ.*, IX, n. 56.

(4) TROPLONG, *Sociétés*, n. 140 Cfr. anche RISSETTI, nel *Foro ital.* 1896, I, 1084. BESELER, *Deutsches Privatrecht*, II, pag. 1042, JOLLY, nella *Zeitschrift für deutsches Recht*, XI, 318 e seg. Posta questa duplicità di condizione in cui si trovano le società commerciali, io ritengo che la divisione tra soci è semplicemente dichiarativa e non attributiva di diritti, benchè ammetta la personalità giuridica. La nostra giurisprudenza non potendo, di fronte alla evidenza della legge, negare la personalità giuridica delle società commerciali, ha creduto di dover affermare, per logica conseguenza, anche il principio che la divisione è attributiva di diritti. Così di recente Cass. Roma, 26 marzo 1896, *Foro ital.* 1896, I 1077. Egualmente molti scrittori che, ammettendo la personalità, credettero di doverne dedurre il carattere di attributiva di diritti nella divisione. VIVANTE, *Trattato*, I, n. 289: DELANGLE, *Sociétés* n. 707; FADDA e BENSA, II pag. 810. Invece, stabilito che nei rapporti interni non v'è che una semplice comunione *pro indiviso*, si può benissimo ammettere che la divisione sia dichiarativa e non attributiva di diritti. Cfr. in questo senso; POTHIER, *Sociétés*- n. 179. TROPLONG, *Sociétés*, n. 1062 e seg.; DELVINCOURT, III, 129 n. 3; MASSÉ e VERGÉ, *Zur* ZACHARIAE, IV, pag. 721 n. 10; RISSETTI, *Foro ital.* 1896, I, 1085.

37. Al sistema della personalità giuridica *limitata* si rimproverano contraddizioni ed illogicità. Non bisogna dimenticare — dicono gli avversari — che il LABAND stesso, il quale non ammette la personalità giuridica delle società commerciali, non si perita di chiamare un *non senso* la teoria che afferma la personalità al di fuori e la nega al di dentro (5), che il GOLDSCHMIDT chiama le società, secondo questa teoria, *juristiche Personen, die in Wirklichkeit keine juristischen Personen sind* (6), e che infine l'UNGER le gratifica del titolo di mezze figure (*Mittel — oder Zwischenfiguren*) e le paragona ai centauri per essere metà società (comunione) e metà persone giuridiche (7). E il GIORGI di recente, rincarando la dose, esclama: « Bisogna persuadersene. Non è dato di concepire una collettività che sia persona giuridica al di fuori e comunione al di dentro. La proprietà è un diritto assoluto *adversus omnes*, e chi è proprietario di una cosa, è tale in faccia a tutti » (8).

È questa certo l'obiezione più grave che si faccia alla teoria della personalità limitata ai rapporti esterni: ma essa non è forse altrettanto decisiva. Checché infatti si pensi sulle questioni agitate specialmente in Germania, circa il concetto e la natura delle persone giuridiche (9), un punto, su cui la grandissima maggioranza degli scrittori è d'accordo, e che non è disputabile nel diritto positivo di tutti gli Stati d'Europa, è questo che non può sussistere personalità giuridica senza l'intervento diretto o indiretto, dello Stato (10).

---

(5) Ecco le parole del LABAND: « Diese Verknüpfung logisch unvereinbarer Gegensätze ist ein einfacher *Nonsens*; ein Rechtverhältniss kann nicht zugleich Rechtssubiect sein; Eigenthum, Forderungen und Schulden können nicht bald den einzelnen Mitgliedern, bald der *Universitas* zustehen, je nachdem man das Verhältniss unter den Mitglieder oder das Verhältniss zu Dritten in das Auge fasst: eine Person kann nach Aussen Rechts-und Handlungsfähigkeit bethätigen, nach Innen verschwinden ». LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften* nella *Zeitschrift für das gesammet Handelsrecht, XXX*, pag. 482.

(6) Recensione al DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* nella *Zeitschrift, XXV*, pag. 409.

(7) UNGER, *Personengesammtheit und offene Handelsgesellschaft* nei IHERING'S *Jahrbücher für die Dogmatik, XXV* (1887), pag. 241-242. Nello stesso senso BONELLI, *La personalità giuridica delle società commerciali*, pag. 6 e segg.

(8) GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, VI, pag. 354. V. anche pag. 367.

(9) Vedine un riassunto ed una critica non sempre esatta in GIORGI. *La dottrina delle persone giuridiche*, I, pag. 33-54. Un cenno molto breve, ma molto chiaro ed obbiettivo, si trova nell'opera recentissima del COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*. Erster Band; erste Abteilung, Jena, 1897, pag. 91-93.

(10) L'intervento dello Stato era richiesto anche nel diritto Romano, e ce lo

Questo intervento può esplicarsi con una autorizzazione speciale data caso per caso, oppure con una autorizzazione generale, che sottopone la personalità all'adempimento di determinate condizioni (11).

Ciò posto, e qualunque sia la natura di questo intervento, consista esso cioè nella vera e propria *creazione* da parte dello Stato, come sostengono il GIANTURCO (12), il CHIRONI (13), il RAMPONI (14) oppure in una semplice autorizzazione, come credono il GIERKE, FÖRSTER-ECCIUS (15), FADDA e BENSA (16), è naturale che lo Stato, nel concedere o nel riconoscere la personalità giuridica, può apporvi delle condizioni, o delle limitazioni. Così la legge accorda la capacità ad *avere diritti* ad alcune persone giuridiche (comune, provincia, istituzioni pubbliche di beneficenza), ma ne restringe l'*esercizio* richiedendo per certi atti una serie di autorizzazioni ed

---

attestano parecchi passi; così la l. 1 pr. *Quod cuiuscumque universi*, Dig. III, 4 stabiliva: « *Neque societas neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur, nam et legibus, et senatusconsultis, et Principalibus Constitutionibus ea res coërcetur* ». Cfr. anche la l. 1 *pr de. coll. et corporibus*, Dig. XLVII, 22, e LIEBENAM, *Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinwesens*, Leipzig, 1890, pag. 382, nonchè CHIRONI, *Questioni di diritto civile*, Torino, 1890, pag. 394. Nel diritto attuale scrittori appartenenti a tutte le scuole della personalità affermano la necessità dell'intervento. Cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, Trad. SCIALOIA, Torino, 1888, II, pag. 277; HÖLDER, *Pandekten*, Freiburg, 1891 pag. 123; REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, I, pag. 306 e 344; LAURENT, *Principes*, I, pag. 370 e segg.; GIORGI, *La dottrina delle persone giuriche*, I, n. 24. pag. 46, n. 47 pag. 111; BONELLI, *Di una nuova teoria della personalità giuridica*, nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, *IX* (1890), pag. 330 e 331, il quale afferma che « il patrimonio è elevato ad unità autonoma, a *institutum iuris*, per virtù della destinazione ad esso impressa o in grazia della volontà unificatrice che lo domina, *salvo sempre il suggello della legge* », e da ultimo FADDA e BENSA, *Note alle pandette del* WINDSCHEID, Torino, 1896, II, pag. 812 e segg.; COSACK, *Lehrbuch des deutschen burgerlichen Rechts*, pag. 95. Ecco come spiega lo ZITELMAN, *Begriff und Wesen, der sogenannten juristichen Personen*, Leipzig, 1873, pag. 64 e segg., la necessità di questo intervento: « La personalità, dice egli, è la facoltà di avere diritti. Questa facoltà non deriva dalla natura, che non crea rapporti ed istituti giuridici, ma dalla autorità dello Stato. Neppure l'uomo per sè è persona (cioè capace di diritti), ma il diritto riconosce come persone certe classi di uomini, e ne esclude altre, come gli schiavi ».

(11) Cfr. FADDA e BENSA, II, pag. 818. LABAND, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, nella *Zeitschrift*, *XXX*, pag. 472.

(12) GIANTURCO, *Sist. di dir. civ. italiano*, Napoli 1892, I, § 32.

(13) CHIRONI, *Questioni*, Torino, 1890, pag. 392 e segg.

(14) RAMPONI, *Teoria generale delle presunzioni*, Torino, 1890, pag. 59.

(15) GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, Berlin, 1887, pag. 15 e segg; FÖRSTER-ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*, Berlin, 1892-93, IV, pag. 663.

(16) FADDA e BENSA, II, pag. 813 e segg.

approvazioni. Ora il solo fatto che per le società commerciali lo Stato all'art. 77 del cod. di comm. ha dichiarato che esse formano enti collettivi distinti dalle persone dei soci *rispetto ai terzi*, e che tutta la disciplina data dal legislatore alle società commerciali dimostra — come vedremo — che ai soli terzi esso ha voluto restringere il riconoscimento, dovrebbe bastare a persuaderci che non è possibile, senza violentare la legge, trovare un riconoscimento là dove lo Stato non lo ha voluto. La legge positiva ha dunque, anche di fronte ai principii razionali, importanza decisiva. FADDA e BENSA (17), negano che la frase *rispetto ai terzi* usata dal legislatore abbia alcuna importanza di *fronte all'errore logico di quella costruzione che fa capo al carattere relativo delle personalità nella persona giuridica.*

Conviene dunque prima di ogni altra cosa vedere se realmente la teoria della personalità relativa urti contro il rigore logico, e meriti quelle aspre censure, di cui le sono stati prodighi scrittori italiani e tedeschi, come costruzione ibrida, come una vera *contradictio in adiecto.*

38. È necessario anzitutto tornare sopra un concetto, a cui ho già avuto occasione di accennare, ma su cui giova insistere. E il concetto è questo: che personalità giuridica non vuol dir altro se non capacità di avere diritti, privati patrimoniali. Il che posto, io non vedo perchè debba essere illogico e contraddittorio l'immaginare una capacità ad avere diritti non assoluta, ma limitata in qualche modo. E con ciò — si noti bene — non si distrugge affatto il concetto di personalità: non si fa che restringerne il contenuto. E come noi possiamo benissimo immaginare una personalità (cioè una capacità ad avere diritti) da cui siano eccettuate alcune categorie determinate di diritti, così possiamo immaginare anche una personalità, la quale si esplichi solo in confronto di certe persone e non in confronto di altre. Non si deve dimenticare che, come tutti gli altri rapporti sociali, anche il diritto non è e non può essere che un concetto relativo: esso nasce e vive nella società e presuppone, quindi, come condizione necessaria, altre persone (uomini o enti) verso cui si possa far valere. Il diritto in senso soggettivo, cioè come *facultas agendi*, non può prescindere da un corrispettivo dovere, che spetti ad altri soggetti di diritto, persone fisiche o enti. L'escludere quindi

(17) *Op. cit.* loc. cit.

una determinata classe di persone dalla sfera dei soggetti rispetto ai quali si può far valere un diritto, non distrugge affatto il concetto di personalità, perchè non toglie che verso *tutte* le altre persone si possano far valere. In altri termini, come non si rende illogico e contradditorio il concetto di personalità nelle società commerciali se si nega loro la capacità ad avere quella determinata classe di diritti che si chiamano diritti di *successione*, così nulla di illogico si immette nello stesso concetto, se si eccettuano delle persone verso cui possono venire in rapporti giuridici, e far valere i loro diritti, i soci che la società stessa compongono. Tanto l'una come l'altra sono limitazioni che non mutano il concetto di personalità. Ma — si potrebbe obiettare — questo va bene per i diritti di obbligazione, i quali non si possono esercitare che verso determinate persone. Si capisce cioè, dato il sistema enunciato, come la società-ente non possa acquistare diritti di obbligazione rispetto ai soci. Ma per i diritti reali, i quali sono diritti assoluti, esperibili *erga omnes*, come si potrebbe spiegare questa capacità ristretta? In particolare, che specie di proprietà sarebbe ad esempio, quella delle società commerciali, se potessero farla valere soltanto in confronto dei terzi e non già in confronto dei soci?

Ora io comincio dal notare come non sia possibile trasportare senz'altro in questa materia certi rigidi concetti del diritto civile che mal rispondono al continuo evolversi, trasformarsi ed adattarsi del diritto commerciale. Ma, anche prescindendo da ciò, nello stesso campo del diritto civile questo concetto dell'assolutezza della proprietà, e in genere dei diritti reali, non è così rigido come vorrebbe farsi credere (18). Che anzi l'elemento sociale va ogni giorno scalzando questo concetto dell'assolutezza del dominio, e vi sostituisce quello della *elasticità* per cui al proprietario si assegnano tutti quei diritti che sono compatibili colle disposizioni della legge e colla coesistenza delle proprietà. Ora è questo appunto un caso in cui la legge limita rispetto a certe determinate persone, l'esercizio del diritto di proprietà, e ciò non credo possa recare una alterazione al concetto di proprietà, e in genere, di diritto reale. Del resto la proprietà non può avere una sfera di applicazione più ampia delle per-

---

(18) Anche nel diritto Romano, non mancano rapporti reali non del tutto assoluti, cioè che non si possono far valere verso certe determinate persone. Così ad esempio il possessore di giusto titolo e in buona fede non può agire con la *publiciana in rem actio* contro chi ha un diritto più forte di lui, come il proprietario.

sonalità; ed ora appunto, dove c'è personalità c'è proprietà, dove cessa la personalità, dove cioè cessa la capacità ad avere diritti, non si può pretendere che resti il diritto di proprietà.

39. Visto per tal modo come nulla di assurdo e di illogico vi sia in questa costruzione della personalità limitata, riportiamoci a quanto già abbiamo avuto occasione più volte di ripetere circa la importanza decisiva della legge positiva, di fronte alla necessità del riconoscimento da parte dello Stato di qualsiasi personalità giuridica.

In Francia, la personalità giuridica delle società commerciali non è consacrata da alcun testo formale, ma la dottrina e la giurisprudenza la deducono dal complesso delle disposizioni legislative (19). In Germania, la personalità giuridica è riconosciuta in modo assoluto alle sole società anomime e a quelle dette a *responsabilità limitata*; in modo relativo, alle società in nome collettivo ed in accomandita. Per le società anonime infatti provvede l'art. 213 (210 del nuovo testo) il quale dice: « La società anonima ha come tale e per sè stessa i suoi diritti e i suoi obblighi; essa può acquistare la proprietà di immobili ed altri diritti reali su immobili e stare in giudizio come attrice e convenuta ». Nel codice del 1871 questa disposizione si trova sotto la rubrica delle *disposizioni generali*. Nel nuovo testo essa è posta sotto la rubrica dei *Rapporti giuridici della societa coi soci*. Il che importa che anche rispetto ai soci essa debba essere considerata come soggetto di diritti. Per le società in nome collettivo e in accomandita la cosa invece è molto diversa. Infatti la sezione prima del libro II del codice di commercio germanico, la quale parla della società in nome collettivo (*offene Gesellschaft*) si divide in sei titoli; il secondo ed il terzo sono dedicati ai rapporti giuridici nascenti dalla esistenza della società. Ora il secondo capitolo tratta dei rapprti *dei soci fra loro* (*von dem Rechtverhältniss der Gesellschafter unter einander* ed all'art. 90 (109 del nuovo testo) stabilisce che *i rapporti giuridici dei soci fra loro sono regolati anzitutto dal contratto sociale*. Il terzo capitolo invece, intitolato: *Dei rapporti giu-*

(19) LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 105 e segg; VAVASSEUR, *Traité des sociétés, civiles et commerciales*, Paris, 1892-94, n. 27 e segg.; TROPLONG, *Sociétés*, n. 58 e segg.; DELANGLE, *Sociétés*, n. 14 e segg. Anche alle società civili la dottrina e la giurisprudenza francese tendono a riconoscere la personalità giuridica. Cfr. Cass. francese, 23 febbraio 1891, *Journ. du Palais*, 1892, I, 73, con nota di MEYNAL.

ridici delle società coi terzi (*des Gesellschaft zudritten Personen*) all'articolo 111 (124 del nuovo testo) stabilisce che la società in nome collettivo può sotto la sua ragione sociale acquistare diritti e contrarre obbligazioni, acquistare la proprietà di immobili ed altri diritti reali su immobili e stare in giudizio come attrice e come convenuta. Per le società in accomandita (*Kommanditgesellschaft*) valgono quanto ai rapporti tra soci le regole delle società in nome collettivo (art. 157-161). Dal che è facile convincersi che per le società in nome collettivo ed in accomandita il legislatore tedesco ha voluto appunto sancire il principio della personalità limitata, distinguendo molto chiaramente i rapporti fra soci, dai rapporti coi terzi (20).

Questo è anche il sistema del codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 557, 559, e 622). Invece il codice portoghese (art. 108) ed il rumeno (art. 78), sanciscono per *tutte* le società commerciali la personalità limitata ai rapporti esterni. Specialmente importante è il codice portoghese, il quale adotta addirittura la espressione *persona giuridica* e stabilisce: « Le società commerciali costituiscono, rispetto ai terzi, una personalità giuridica distinta dagli associati ». La personalità assoluta è riconosciuta dalla legge belga (art. 2) e dal codice spagnolo (art. 116). La legge inglese del 1862 sulle società (*Companies act*) concede la personalità giuridica a tutte le società composte di più di sette soci, i cui statuti siano stati registrati nelle forme prescritte dalla legge. La registrazione non è obbligatoria che per le società bancarie composte di piú di 10 soci, e per quelle aventi altro oggetto composte di più di 20 membri. Le società della prima specie, e quelle della seconda composte rispettivamente di 10 soci o meno, e di 20 soci o meno, possono, a loro scelta, o restare dei semplici *partnerships* senza personalità, o diventare delle compagnie incorporate (*incorporated*) godenti la personalità giuridicica.

Dal fin qui detto risulta:

a) che i legislatori (ad eccezione del francese) si sono occupati espressamente della personalità giuridica delle società commerciali. Il che dimostra ancora una volta che è proprio alla stregua del diritto positivo che noi dobbiamo principalmente studiare la questione;

---

(20) Metto in guardia i lettori contro una traduzione del nuovo testo del codice germanico, di recente pubblicata a cura di L. Eusebio (Torino, 1897), nella quale si riscontrano frequenti inesattezze.

b) che le disposizioni delle leggi positive sono generalmente molto chiare, e che le dispute dottrinali sono spesso riuscite, più che a chiarire, a rendere oscuro e astruso il problema;

c) che i migliori codici e le migliori leggi (cito fra gli altri il codice germanico e le legge federale svizzera) sulle obbligazioni sanciscono appunto il sistema della personalità limitata.

Ciò posto, vediamo quale sia il sistema accolto dal legislatore italiano.

40. Per il diritto italiano vigente la personalità limitata ai rapporti coi terzi, mi pare che emerga chiaramente da tutta la legge positiva. L'espressione più chiara e più evidente di questa condizione di cose, la troviamo nell'art. 77 del codice, il quale dice: « Le società anzidette (cioè le società in nome collettivo, in accomandita e anonime) costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci ». Ma tutte — posso dire — le disposizioni del codice la confermano. Per intendere però come ciò possa essere, gioverà premettere che il nostro legislatore adopera in tre sensi diversi la parola *società*, e che spesso dal confondere l'uno per l'altro in una particolare disposizione, dipendono idee e nozioni poco esatte. La parola *società* nel codice di commercio italiano (come del resto anche in quelli stranieri e specialmente nel codice germanico) (21) viene assunta: 1° nel senso di *complesso dei soci*, somma di soci, soci costituiti in universalità; 2° nel senso di patrimonio conferito dai soci in forza del contratto, o formatosi e andato a costituire in forza del contratto un fondo comune e separato; 3° nel senso infine di persona giuridica, di ente collettivo distinto dalle persone dei soci.

41. Vediamo dunque come *rispetto ai terzi* la società commerciale costituisca una persona giuridica, nel sistema del nostro codice.

---

(21) Così in Krüchmann, *Verein, Verbindung, Gesellschaft, Corporation* nei *Beträge* di Gruchot, XXXVII (1893), il quale (pag. 236) dice: « Wir stossen bei der Analyse immer wieder auf den vom H. G. B. verwendeten Begriff « Gesellschaft ». Zuweilen bezeichnet dies Wort die Summe der Gesellschafter, zuweilen den Gesellschaftsvertrag, aber die Artikel 91, 93, 94, III, 112, 114, 119, 121 verstehen unter Gesellschaft etwas anderes als die Gesellschafter und zwar ein selbständiges Vermögen »

A questo proposito c'imbattiamo subito nell'articolo 78, il quale dice:

« Il nuovo socio di una società già costituita risponde al pari degli altri, di tutte le obbligazioni contratte dalla società prima della sua ammissione, ancorchè la ragione sociale sia mutata.

« Il patto contrario non ha effetto *rispetto ai terzi* ».

Ecco dunque che in forza di quest'articolo la società, rispetto ai terzi, è considerata come un ente affatto indipendente dai soci che gli hanno dato vita, il mutamento o l'aggiunta di uno dei quali non cambiano nulla della sua natura e struttura. Il nuovo socio si pone nelle stesse condizioni degli altri soci, colle medesime responsabilità e le stesse obbligazioni, come se fino dal principio avesse fatto parte della società. Ora in questo isolamento della società dai soci, per cui la società non è piú un *vinculum inter certas personas*, ma un ente a sè, non possiamo non vedere una affermazione ed una conseguenza della personalità (22).

E questa affermazione è ribadita dal capoverso dell'articolo in cui è dichiarato nullo il patto contrario rispetto ai terzi. I soci potranno dunque bensì pattuire fra loro che la responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società precedentemente all'entrata del nuovo socio non debba gravare sopra di questi, ma tal patto per altro avrà solo l'effetto di rendere gli altri soci obbligati a risarcirlo del danno che potrà risentire per l'obbligo che ha assunto nell'aderire alla società; esso non potrà impedire ai terzi che sono diventati creditori della società prima che ne facesse parte il nuovo socio, di avere per garanzia del loro credito anche la quota o (se è un socio a responsabilità illimitata), il patrimonio stesso del socio.

42. Una nuova, importantissima conferma della personalità rispetto ai terzi troviamo nell'art. 85. L'art. 85, è senza dubbio, il più importante per la disciplina della personalità giuridica delle società commerciali. Esso infatti separa, *rispetto ai terzi*, il patrimonio della società dal patrimonio dei singoli soci, e lo costituisce

(22) Anzi una teoria fa consistere appunto la differenza tra la società (contratto) e la corporazione (persona giuridica) in ciò, che mentre la società è un *vinculum iuris inter certas personas*, nella corporazione il sostrato è anche una pluralità di persone, ma non determinate nella loro individualità. Cfr. CHRIST, nella *Zeitschrift für das ges. Hand, VI*, pag. 429 e segg; STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, I, pag. 363.

a garanzia esclusiva dei creditori sociali. In forza di esso i creditori particolari del socio non possono, finchè dura la società, far valere i loro diritti che sulla parte degli utili spettanti al socio secondo il bilancio sociale, e sciolta la società, sulla quota ad esso spettante nella liquidazione. Qui i creditori particolari dei soci sono veri terzi, perchè, tutti coloro che non fanno parte della società, cioè tutti i non soci sono terzi a termini dell'art. 77 (v. in seguito n. 52 e 54). Ebbene, rispetto ad essi il patrimonio conferito non è patrimonio dei soci, ma patrimonio di un ente autonomo, di una persona giuridica, la quale ha i suoi creditori, a cui appunto il patrimonio suo speciale è riservato.

43. Nello stesso senso si può citare l'art. 106. In questo articolo sono determinati i diritti dei creditori di una società in nome collettivo. Le loro obbligazioni, come dice il numero 1 dell'art. 76, sono *garantite* dalla responsabilità illimitata e solidaria di tutti i soci. Tuttavia essi non possono escutere i *singoli soci* prima di avere escussa la società. Rispetto ai terzi creditori della società, questa figura evidentemente come una persona giuridica, con patrimonio separato e in tutto distinta dai singoli soci a cui anzi si contrappone.

Un'ultima conferma di quanto sono venuto fin qui dicendo, mi pare si debba trovare nell'art. 118 il quale stabilisce:

« L'accomandante non può fare verun atto di amministrazione che produca diritti od obbligazioni alla società, nemmeno per procura generale o speciale per una serie o classe di affari. Ogni atto contrario a questo divieto, lo rende responsabile senza limitazione e solidariamente verso i terzi per tute le obbligazioni della società.

« Se la procura è speciale per un determinato affare, egli assume personalmente e solidariamente colla società le obbligazioni derivanti da esso ».

In questo articolo si è voluto molto chiaramente distinguere l'obbligazione del socio da quella della società; e si dice che il terzo ha, nel caso che il socio accomandante si ingerisca della amministrazione sociale, come obbligati: prima di tutto la società; e poi il socio. Si noti a questo proposito l'importanza della frase legislativa: *se la procura* è *speciale per un determinato affare egli* (il socio accomandante) *assume personalmente... le obbligazioni derivanti da esso*. Dal che si rileva assai facilmente che quando

questa ingerenza del socio accomandante negli affari sociali non si verifica, egli non assume alcuna responsabilità *personale*. Vale a dire che il socio accomandante di una società in accomandita non è responsabile *limitatamente* sì, ma non *personalmente* di fronte ai terzi; nel caso normale la sola che risponda personalmente è la società. Non si può dubitare dunque che anche qui la società ci è rappresentata come una persona giuridica affatto distinta dalle persone dei soci, e ciò solo per i rapporti coi terzi.

44. Nè, per negare la personalità giuridica, anche di fronte ai terzi, delle società in nome collettivo, si può opporre — come fanno gli scrittori tedeschi — la responsabilità solidaria ed illimitata di tutti i soci per le obbligazioni sociali. Questa responsabilità non toglie che anche l'ente società possa avere per conto suo debiti ed obbligazioni, ma li garantisce per mezzo della responsabilità individuale e personale dei soci. Il principio che s'invoca come caratteristica della personalità giuridica: *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*, non è che una regola generale, la quale non è per nulla infirmata dal fatto che, in qualità di garanti o fideiussori, i soci intervengano per rendere più sicura la condizione dei creditori sociali. Nel nostro diritto positivo poi questo carattere di garanti è ben chiaro specialmente nel n. 1 dell'art. 76 il quale dice che le società in nome collettivo sono quelle, in cui *le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di tutti i soci*, e nell'art. 106 il quale stabilisce che tuttavia i creditori della società non possano pretendere il pagamento dai singoli soci prima di avere esercitato l'azione contro la società. Non si tratta dunque che di una responsabilità sussidiaria, di una specie particolare di fideiussione solidale nel senso che la solidalità si spiega solo nei rapporti interni fra confideiussori, non nei rapporti fra fideiussori e società, la quale anzi deve essere escussa prima (23).

45. Nei rapporti dunque coi terzi non v'ha dubbio che l'ente società apparisce come una persona giuridica con patrimonio e di-

---

(23) Cfr. UNGER, *Personengesammtheit und offene Handelsgesellschaft*, pag. 250 nota 21; BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, pag. 216; HAHN, *Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 4ª ediz., Braunschweig, 1894, I, pag. 475, FADDA e BENSA, II, pag. 809.

ritti che non sono quelli dei soci. Ed ogni volta che il legislatore vuol regolare i rapporti coi terzi, ed adopera la parola *società*, l'adopera appunto nel senso di ente collettivo, di persona giuridica.

Nei rapporti invece tra soci la cosa è differente. Qui non appaiono che i soci; da una parte il socio singolo, dall'altra la collettività dei soci, l'*universitas personarum* formata dal complesso dei soci. Da una parte il patrimonio individuale del socio; dall'altra il patrimonio sociale comune *pro indiviso*. Talchè non può negarsi che anche nei rapporti interni una certa unità vi sia: v'è, ma è una unità formale, non materiale, una unità, come dice bene l'UNGER, artificiale, ideale, non reale. Ed ogni volta che il legislatore disciplina i rapporti interni, e adopera la parola *società*, l'adopera nel senso: o del complesso dei soci costituenti l'universalità, o del patrimonio comune *pro indiviso* (24).

E che così sia lo dimostra, mi pare, assai bene l'art. 86 del cod. di comm. in cui è detto: « Il socio che ha conferito *nella società* uno o più crediti non è liberato sino a che la società non abbia ottenuto il pagamento della somma per la quale ebbe luogo il conferimento ». La *società* di cui parla qui il legislatore non è evidentemente la persona giuridica, ma il patrimonio sociale comune indiviso. È esso che risulta dai conferimenti fatti dai soci e così deve intendersi, altrimenti non si saprebbe davvero come spiegare la frase: il socio che ha conferito *nella società* ecc. Conferire in una persona giuridica non è possibile, quanto possibile invece e naturale è conferire in un patrimonio comune.

46. Contro la personalità giuridica limitata ai rapporti esterni ed a favore della personalità giuridica assoluta, si invocano parecchie disposizioni della legge positiva. Anzitutto, si fa appello alla disposizione stessa dell'art. 77, in cui è detto che le società commerciali costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci, e da essa si deduce che se il legislatore parlò solo di rapporti coi terzi, ciò fu perchè esso, nel definire le società commerciali, non tenne conto che dei caratteri che esse presentano nei loro rapporti coi terzi (25). Ma a me non sembra in verità che questo argomento sia del tutto persuasivo. Se infatti il legislatore « nel

---

(24) V. di recente sentenza del *Reichsgericht* germanico 29 giugno 1892 nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XLII (1894), 520.

(25) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 289.

definire le società commerciali, non tenne conto che dei caratteri che esse presentano nei loro rapporti coi terzi» ciò vuol dire che anche quell'attributo proprio delle società commerciali che è la personalità giuridica, egli volle intenderlo ristretto ai soli terzi. E valga il vero. Se nel dare le definizione delle società di commercio il legislatore si limitò a parlare dei rapporti coi terzi, vuol dire che questi rapporti appunto costituiscono la *differenza specifica* per cui la specie *società commerciale* si differenzia dal genere *società*. Il che implica necessariamente che nei rapporti interni non vi sia alcuna differenza tra la semplice società (civile) e la società commerciale.

47. Nel senso della personalità assoluta si citano (26) gli artt. 110 e 111 i quali sancirebbero indirettamente l'esclusiva proprietà del patrimonio sociale da parte della società anche rispetto ai soci, dichiarando reo di appropriazione indebita o di furto il socio che toglie anche una piccola parte dei fondi sociali.

Premetto che anche se fosse punita come furto la sottrazione di cose poste in società, ciò non darebbe alcun diritto a ritenere che le cose siano di proprietà della società persona giuridica. Infatti il capoverso dell'art. 402 cod. penale stabilisce chiaramente che commette furto anche il proprietario, socio, o coerede sulle cose comuni o della eredità indivisa. Ad ogni modo, prescindendo da ciò, negli artt. 110 e 111 non mi pare siano sanciti altro che principi derivanti puramente e semplicemente dal contratto di società intervenuto tra i soci, resi alquanto più rigorosi con sanzioni speciali richieste dalle esigenze del traffico mercantile, ma che non immutano nulla alla natura dei rapporti che sono destinati a garantire. L'art. 110 infatti stabilisce che il socio, il quale senza il consenso scritto *degli altri soci*, impiega i capitali o le cose della società ad uso o traffico proprio o di terzi, è obbligato a conferire alla società i vantaggi conseguiti, ed a risarcire il danno, senza pregiudizio dell'azione penale, se vi è luogo. È questa una conseguenza del contratto sociale. Se infatti i soci della società (nella specie, in nome collettivo), hanno convenuto di mettere in comune qualche cosa, allo scopo di trarne lucro mediante l'esercizio dell'industria commerciale, s'intende che impiegare i capitali o le cose della società ad uso o traffico proprio o dei terzi costituisce una vera e propria vio-

(26) VIVANTE, *op. cit.*, loc. cit.

lazione del contratto sociale. Questa violazione del contratto può in alcuni casi (quando per esempio la distrazione sia dolosa, o quando la quantità del tolto ecceda la parte spettante al colpevole (art. 402 cap. C. P.) costituire un vero e proprio reato; ed è perciò che la legge dice: senza pregiudizio dell'azione penale, *se vi è luogo*. Ed anche quando non costituisce un reato, il legislatore commerciale grava la mano sull'autore della distrazione, obbligandolo non solo al risarcimento del danno, come porterebbero i principi generali, ma anche al conferimento nella società dei vantaggi conseguiti.

Alla stessa conclusione si deve venire esaminando la regola posta nell'art. 111. In questo articolo è detto che nessun socio può separare dal fondo comune più di ciò che gli è stato assegnato per le sue spese particolari. Anche questa è una conseguenza del principio che i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti; talchè, anche se la parte separata rappresentasse il valore della cosa conferita, il socio deve risponderne, giacchè egli, aderendo al contratto, si era impegnato a mantenere le cose in comune fino allo scioglimento della società. E se toglie dal fondo comune prima del tempo la sua parte: o, peggio, se toglie una quantità che eccede la sua parte, egli è tenuto a restituirla come se non avesse fatto o completato il versamento della sua quota sociale: di più la legge lo obbliga al risarcimento del danno (art. 111 citato).

In tutte e due queste disposizioni non mi sembra quindi che si possa riscontrare il concetto di un patrimonio della società ente autonomo, ma solo un obbligo contrattuale da parte dei soci di non toccare la quota messa in comune, obbligo rinforzato da speciali e più rigorose sanzioni.

48. Un altro argomento a favore della personalità assoluta anche rispetto ai soci si deduce da tutte quelle disposizioni del cod. di comm. in cui si sanciscono i diritti e i doveri reciproci del singolo socio rispetto agli altri consoci. E si dice: in tutti questi casi la società è proprio una persona giuridica. « La società — osserva il VIVANTE (28) — può contrattare coi soci, citarli in giudizio presso la propria sede, impedire che altri ne piglino il posto, imporre ai dissenzienti i cambiamenti dello statuto sociale legittimamente votati dalla maggioranza, e in tutti questi contrasti la società a-

(28) *Op. cit.*, loc. cit.

gisce come un ente antonomo, valendosi anche dei fondi conferiti dal socio contro cui esercita i propri diritti. Di rincontro, la società può essere costretta dai soci, anche in giudizio, a pagare i dividendi scaduti, a rimborsarli delle spese e dei servigi prestati, a loro concedere la comunicazione e l'esibizione dei libri, la partecipazione alle assemblee generali ».

Ora è vero che il socio ha diritti verso la *società*, e la società ha diritti verso il socio: è vero che tanto gli uni quanto gli altri si possono far valere in giudizio, ma in ambedue i casi la società non è contrapposta al socio come persona giuridica: essa non è altro che il complesso dei soci, la collettività dei soci considerata come universalità.

Gli art, 80, 81 e 83 infatti che disciplinano gli obblighi del socio per ciò che riguarda il conferimento delle quote promesse, o non parlano della *società* (art. 83) o, se ne parlano (art. 80) vi alludono — come già dissi — intendendo la parola nel senso di patrimonio comune (29). Egualmente, gli obblighi e le responsabilità dei soci nelle società in nome collettivo (art. 110 e segg.) sono obblighi verso *tutti i consoci*, e non già verso un soggetto giuridico autonomo e distinto da essi. E che così sia lo dimostra il fatto che da tali obblighi e responsabilità il socio è liberato quando vi sia il *consenso degli altri soci*, espresso per iscritto (articolo 110) (30) o in altro modo, o anche tacito (art. 112) (31). Egualmente non è la società che impone ai dissenzienti la sua volontà, ma è la maggioranza che impone la sua alla minoranza (art. 163), come avviene anche in altri casi in cui non esiste certo personalità (art. 495, 840 cod. di comm. art. 678 cod. civ.) Non solo: ma pei casi più gravi, il socio dissenziente ha diritto di recedere dalla società, sciogliendo quindi il vincolo contrattuale che lo legava agli altri consoci (art. 158). Questo

---

(29) Dice l'art. 80: « Il socio che ha conferito *nella società* uno o più crediti non è liberato sino a che la società non abbia ottenuto il pagamento della somma per la quale ebbe luogo il conferimento ». È vero che in questo articolo si allude alla società come creditrice (*sino a che la società non abbia ottenuto il pagamento*) ma la frase precedente: *il socio che ha conferito nella società*, dimostra che si tratta evidentemente del patrimonio sociale comune.

(30) Così perchè il socio possa distrarre i capitali o le cose della società per impiegarli ad uso o traffico proprio o di terzi.

(31) Basta il consenso tacito perchè i soci di una società in nome collettivo possano prendere interesse come soci illimitatamente responsabili, in società aventi lo stesso oggetto, o fare operazioni nello stesso commercio.

per gli *obblighi* dei soci, considerati come singoli, di fronte agli altri consoci, considerati come universalità. Riguardo ai loro *diritti* deve dirsi allo stesso modo che non sono diritti verso la società persona giuridica, ma o verso gli altri soci, o, specialmente, verso gli amministratori della società: così, per ciò che riguarda la ispezione dei libri sociali (art. 142). Un'ultima prova che tutte queste azioni del socio e della società (complesso dei soci) nulla hanno di comune colla personalità giuridica della società è che — come ammette anche il VIVANTE — esse debbono esercitarsi presso la sede della società, a termini dell'articolo 96 cod. proc. civile. L'art. 96 infatti regola la competenza per le azioni *fra soci*, stabilendo che l'azione *tra soci* si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui è il principale stabilimento della società. E davanti alla stessa autorità giudiziaria si propongono le azioni tra soci, *anche dopo lo scioglimento e la liquidazione della società, per la divisione e per le obbligazioni che da essa derivano*, purchè proposte entro un biennio dalla divisione. Caso questo in cui è evidente che non si può parlare di personalità giuridica.

49. In alcune disposizioni di legge si parla della *società* in termini tali che una interpretazione superficiale potrebbe intendere nel senso della personalità assoluta, anche rispetto ai soci. Ma un esame un po' attento ci persuade facilmente che questi articoli non sono che la riproduzione e l'applicazione alle società di commercio di regole che la legge sancisce già a proposito delle società civili.

Così anzitutto l'art. 84. L'art. 84 stabilisce che il socio non può opporre a compensazione dei danni cagionati alla *società* per dolo, abuso di facoltà o colpa, i vantaggi che in qualunque modo le avesse procurati. In questo articolo si mettono di fronte, come soggetti di un possibile rapporto obbligatorio, il socio e la società. Ma anche qui la società non è — come si potrebbe credere a prima vista — l'ente giuridico collettivo, ma bensì il patrimonio comune. Ed infatti questo art. 84 non è che la riproduzione, salvo poche varianti, dell'art. 1714 del cod, civ., il quale per le società civili, che indubbiamente nel nostro diritto positivo non sono considerate come persone giuridiche, nè rispetto ai terzi, e tanto meno ri-rispetto ai soci, stabilisce: « Ciascuno dei soci è obbligato verso la società per danni cagionati alla medesima per sua colpa, senza che possa compensarli cogli utili procacciati colla sua industra in altri affari ».

Un altro esempio tipico ce lo porge l'art. 109 del cod. di commercio. In questo articolo è detto che « *ciascun socio ha azione contro la società* non solo per le somme sborsate oltre il capitale promesso a vantaggio di essa coll'interesse legale, ma anche per le obbligazioni contratte in buona fede per conto della società ». Nessuna prova più chiara di una contrapposizione tra società persona giuridica e socio. In questo articolo è detto perfino che il socio *ha* azione contro le società. Eppure anche qui la *società* non è che il complesso dei soci, *l'universitas personarum*, costituita da tutti i soci. Si metta infatti a confronto l'art. 109 col suo corrispondente 1716 del cod. civ. e si vedrà che nè in quello, nè in questo il legislatore ha mai inteso di darci una personificazione della società. Dice l'art. 1716: « Un socio ha azione contro la società non solo per la restituzione dei capitali sborsati in conto di essa, ma altresì per le obbligazioni contratte di buona fede per gli affari sociali, e pei rischi inseparabili alla sua amministrazione ».

50. Una disposizione di legge, su cui si fa molto assegnamento per affermare la personalità giuridica della società di fronte ai soci è quella dell'art. 82 in cui è detto che le cose conferite da soci divengono *proprietà della società*. Se dunque (si dice) le cose conferite dalla proprietà dei soci passano a quella della società, è inutile discutere, qui si hanno due vere e proprie personalità distinte: la personalità dei soci, e quella della società.

Ora a me pare, che, per rendersi ben conto della vera portata dell'art. 82, non si possa prenderlo a sè, isolatamente, ma convenga leggerlo come si trova nel testo legislativo. L'art. 82 infatti è preceduto da un altro articolo, a cui è strettamente legato, e da cui non è possibile, senza offesa alla logica, separarlo artificialmente.

Ecco dunque i due articoli, come si trovano nel contesto della legge:

« Art. 81. Se il valore delle cose conferite da uno dei soci non è determinato *dai contraenti*, s'intende convenuto il valore corrente nel giorno stabilito per la consegna, secondo le liste di borsa o le mercuriali del luogo ove ha sede la società, e in difetto, secondo il giudizio di periti.

« Art. 82. In mancanza di stipulazione contraria, le cose conferite divengono proprietà della società ».

In tutti e due questi articoli (si noti bene) il legislatore non ha voluto già stabilire quali siano gli effetti che derivano dall'essere

la società un ente giuridico. Il legislatore prende la società in un momento assai anteriore alla sua costituzione, al suo elevamento a persona giuridica. La personalità (è noto) non si acquista che per mezzo di una dichiarazione speciale da parte dello Stato, o per mezzo dell'adempimento di certe determinate condizioni che il legislatore stabilisce per il riconoscimento della personalità. Per le società commerciali le condizioni sono le formalità indicate negli art. 87 e segg. del cod. di comm. Prima di queste formalità — come ha bene dimostrato il BONELLI — esiste bensì il *contratto di società*, ma non esiste *l'ente giuridico* (persona giudiziaria) società (32).

Ora, per ritornare all'argomento, è certo che il legislatore, colle disposizioni degli art. 81 e 82 non ha inteso di prendere la società già legalmente costituita, già formante una persona giuridica, per dichiarare gli effetti di questa costituzione rispetto al patrimonio, ma ha preso la società al momento in cui viene stipulato il *contratto* (ciò risulta molto chiaramente dalle parole *dai contraenti* dell'art. 81) ed ha dettato alcune norme *d'indole puramente interpretativa* per il caso in cui le convenzioni private tacessero su certe circostanze. E così, nell'art. 81 ha previsto il caso in cui i contraenti non avessero determinato il valore delle cose conferite, e ha stabilito il modo con cui tale valore deve venire accertato: nell'art. 82 ha previsto il caso in cui le parti non avessero stabilito *a qual titolo* le cose conferite fossero poste in comune, ed ha stabilito si debba intendere che sia stata posta in comune la *proprietà*. Questo e non altro è il senso dell'art. 82, come risulta ad esuberanza anche dai lavori preparatori. A proposito di che è bene notare che il PESCATORE, che pure nella discussione circa la personalità giuridica, si era mostrato avversario della personalità stessa, esclamava, come la piú naturale cosa nel mondo: « Chi ha mai dubitato che quando un socio conferisce nella società la proprietà di una cosa, la società ne diventi proprietaria? Chi ha mai dubitato che quando un socio conferisce nella società l'uso di una cosa, la società non faccia che acquistare il diritto d'uso? ».

Concludendo, mi pare evidente che il legislatore, coll'art. 82, lungi dal voler decidere se le cose conferite diventino proprietà della società ente, oppure passino a costituire propeietà comune *pro indiviso* dei soci *universitas*, non ha fatto altro che dare una norma

---

(32) BONELLI, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*. Estr. dall'*Arch. giur.*, Bologna, 1897, pag. 17 e seg.

per il caso in cui le convenzioni delle parti tacessero riguardo al *titolo* del conferimento.

51. Riassumiamo in brevissime parole il sistema della legge. Appena che due o più persone hanno convenuto di mettere qualche cosa in comune al fine di dividerne il guadagno che ne potrà derivare mediante l'esercizio del commercio, si ha il *contratto* di società commerciale (art. 1697, 1707, cod. civ.). In forza di questo contratto: 1° le cose conferite divengono proprietà (salvo che sia convenuto altrimenti) comune *pro indiviso* di tutti i soci. Vi è quindi un vero e proprio trapasso di proprietà nel senso che le cose, di proprietà esclusiva di un socio, divengano proprietà comune indivisa di tutti, dimodochè ognuno dei soci diventa comproprietario di *tutta* la cosa: 2° i soci si uniscono in una *universitas personarum* che afferma la sua unità nei soli rapporti interni tra soci fra i quali è intervenuto il contratto. Questa *universitas* si incarna nelle persone che nel contratto sociale sono dichiarate come i rappresentanti della società, ma questo solo di fronte ai soci che sono legati dal contratto. I terzi, che al contratto non sono intevenuti, anche dopo la stipulazione non riconoscono che delle persone singole.

Mediante poi l'adempimento dei requisiti di forma e di pubblicità prescritti dagli art. 87 e segg. del cod. di comm. sorge l'*ente società*, la *persona giuridica*, società. Ma sorge solo per far sparire le persone dei soci nei rapporti coi terzi. Nei rapporti fra i soci resta il contratto, con tutte le conseguenze ad esso inerenti (33).

---

(33) Questo per le società in nome collettivo, in accomandita, anonime (art. 77), e per le associazioni di mutua assicurazione. Tutte queste costituiscono, per quanto in senso limitato, persone giuridiche. Non così le associazioni in partecipazione (art. 235). Si questiona se, cadute nello stato di liquidazione, le società continuino a vivere come persone giuridiche. Lo nega, ad esempio, il DELANGLE, *Sociétés*, pag. 681. Ma la opinione prevalente così in dottrina, come in giurisprudenza, è che, durante la liquidazione, la società continua ad esistere come ente giuridico. Varie dottrine si sono escogitate per spiegare questo fatto della società che sopravvive allo scioglimento. Così la teoria della *finzione*, per la quale la società vive come ente collettivo durante lo scioglimento per la sola finzione della legge (RENAUD, *Das Recht der Commanditgesellschaften*, Leipzig 1881, pag. 521. LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 366): la teoria della *nuova società allo scopo della liquidazione*, per la quale fra gli antichi soci sorge una nuova società allo scopo di definire tutti i rapporti fatti sorgere dalla società commerciale disciolta (BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 81, n. 81, n. 16. FRANCKEN, *Die Liquidation der offenen Handelsgesrellschaft*, pag. 141 e segg.). È da preferirsi però l'opinione dominante (almeno in Italia) la quale ritiene che la

52. Un'ultima osservazione, e poi ho finito. Dicendo che la personalità giuridica nelle società commerciali è limitata ai rapporti esterni, e che quindi essa si afferma solo rispetto ai *terzi*, non ho voluto certo sostenere anche che quella persona, individualmente determinata, la quale è intervenuta nel contratto sociale, non possa poi, per ciò solo, venire in rapporti coll'ente giuridico società. Questo esiste: esiste per certi soli rapporti, ma esiste. E posto che esiste, non si vede ragione perchè una persona, solo perchè raduna sopra di sè anche la qualità giuridica di socio, non possa venire con esso in rapporti. Come dimostrerò meglio in seguito (V. n. 54), nel diritto non è la persona individualmente determinata, che ha importanza: essa ha importanza, per la *qualità giuridica* che riveste. In genere non sono le *persone* che ha di mira il diritto, ma i *rapporti*. Se finora, ho sempre parlato di *terzi* e di *soci*, è perchè ho voluto essere ossequiente alla legge, e nella legge trovare l'esistenza ed i limiti della personalità giuridica delle società commerciali. Ma un esame anche superficiale delle disposizioni della legge positiva, *in cui si disciplinano le conseguenze della personalità giuridica delle società commerciali* dimostra che ogni volta che essa l'ha ammessa, l'ha ammessa pei soli *rapporti extra-sociali*, mentre per *rapporti sociali interni* l'ha sempre negata (v. specialmente gli art. 85, 106, 118 cod. di comm., nel primo senso, e gli art. 80, 83, 86 cod. di comm. nel secondo). Il significato quindi della parola *terzo*, è, *rispetto alla personalità giuridica*, molto ampio: esso comprende tutti coloro i quali vengono colle società in rapporti non sociali, cioè non derivanti dal contratto sociale; sono soci invece

---

società disciolta seguita a vivere durante la liquidazione come ente a sè, ma con scopo trasformato, cioè al solo scopo della liquidazione. V. in questo senso VIVANTE, *Trattato*, II, n. 688; TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, pag. 307; NANI, nel *Foro ital.*, 1891, 1, 329; SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze 1891, n. 21 Cass. Firenze, 10 luglio 1882, *Annali* XVI, I, 266. Cass. Torino 29 settembre 1886, *Giur Tor.* 1886, 627. App. Torino 20 aprile 1890. *Giur. Tor.* 1890, 498. Cass. Roma 11 novembre 1890, *Foro ital.* 1890, 1, 1162. Lo scioglimento infatti non segna la fine immediata della società, nè come persona giuridica rispetto ai terzi, nè come contratto fra i soci. Esso ha il solo effetto di impedire ogni manifestazione nuova della attività sociale, limitando cioè la vita della società alla sola liquidazione (art. 192). Talchè più che un mutamento *quantitativo* di fine, si potrebbe dire che trattasi di una limitazione della sfera d'azione della società. Scioglimento per me non vuol dire quindi fine immediata della società ma comprende quel complesso di operazioni che colla divisione mettono capo al termine vero della vita sociale.

coloro i quali si trovano implicati nei rapporti sociali, ed *in quanto* fanno parte di questi rapporti sociali. So bene che nel diritto non c'è forse concetto più vario e mutevole che quello di terzo, e che nella stessa materia delle società commerciali la legge assume questa parola in più sensi. Ma, in linea generale, si può ammettere che il concetto di terzo suppone: 1) un rapporto giuridico esistente tra due o più persone; 2) un diritto od un obbligo non derivante da questo rapporto. Quindi, avendo di mira il solo contratto sociale, dovremo dire che, dato il contratto sociale, terzo è chiunque non si presenta come titolare di un diritto o di un obbligo da esso derivante. Perciò è naturale che il concetto di terzo muti se, invece di aver riguardo al contratto sociale, si ha riguardo ad un altro rapporto giuridico, come il mandato degli amministratori. Ora la personalità giuridica affermata dalla legge, vale appunto rispetto alle persone che, dato il contratto sociale, si presentano nella qualità giuridica di terzi, ed in quanto si presentano nella qualità giuridica di terzi. Prova eloquente della giustezza di questa costruzione io trovo nell'articolo 872 cod. di comm. (di cui mi occuperò a lungo in seguito) il quale dichiara la competenza del tribunale del luogo, dove esiste una rappresentanza della società, per gli atti compiuti dal rappresentante. Questa competenza vale solo rispetto ai *terzi*. Qui i terzi sono evidentemente anche i soci, in quanto hanno costituito uno speciale rapporto giuridico colla società, giacchè, se fosse diversamente, l'azionista di una società ferroviaria, che ha concluso un contratto di trasporto col capo di una stazione della società, dovrebbe — solo perchè azionista — essere privato del beneficio della competenza speciale dell'art. 872.

Ciò posto, si vede quanto sia logico il sistema della legge. La personalità delle società commerciali è necessariamente una personalità *sui generis*, in quanto ha per base e per sostrato il contratto sociale, che dalla personalità non può essere distrutto. Certo, l'espressione usata dal legislatore, nell'art. 77, per esprimere questo concetto, poteva essere più precisa: ma ciò non toglie che essa sia, nella sostanza, giusta, e risponda allo svolgimento storico dell'istituto, ed al necessario contemperamento delle due idee di personalità giuridica e di contratto sociale.

TITOLO SECONDO

LA RAPPRESENTANZA IN GIUDIZIO

Capitolo Primo

CONDIZIONE GIURIDICA DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI NEL GIUDIZIO CIVILE

§ 1. – *Le società regolari*

Sommario: 53. La personalità giuridica e la condizione delle società commerciali nel giudizio civile. — 54. Concetto giuridico di *terzo* e di *socio*. — 55. Applicazione alla disciplina giuridica delle società commerciali nel giudizio civile. — 56. Capacità a stare in giudizio delle società estere e suo fondamento legale nel diritto positivo italiano. — 57. Insufficienza dell'art. 3 cod. civ. — 58. Fondamento della capacità delle società straniere negli art. 230 e segg. cod. di comm. — 59. Legislazione comparata. Sistemi liberali. — 60. Sistemi restrittivi.

53. La personalità giuridica limitata nelle società commerciali trova le sue applicazioni più importanti e più pratiche appunto nella questione circa il modo con cui la società si presenta nel giudizio civile. Per renderci ben conto della importanza, degli effetti, ed anche della necessità della personalità giuridica nella questione, di cui ci occupiamo, vediamo anzitutto quale sarebbe, secondo la dottrina e la giurisprudenza, la condizione di una società qualunque, non personificata. A questo proposito noi troviamo subito una netta e spiccata distinzione tra i rapporti interni e gli esterni. Nei rapporti tra soci abbiamo — anche qui — il contratto sociale. Nel contratto sociale sono solitamente designati coloro che rappresentano la società in tutti gli atti in genere della sua vita collettiva: se nel contratto nulla si dispone, soccorre la legge, la quale, con certe presunzioni, designa essa i rappresentanti della società (art. 1723 n. 1 cod. civ.). Basta la designazione generica, basta il mandato ad amministrare, perchè i soci, che sono tutti vincolati dal contratto, siano obbligati a riconoscere come legittimi rappresentanti della società (cioè dei soci) nei giudizi sociali, coloro che sono destinati genericamente ad amministarla (1). Rispetto

---

(1) Cfr. Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, 4ª ediz. Torino 1894, pag. 64 e 65 in nota. Cass. Torino 31 dicembre 1886, *Giur. Tor.* 1887, 97; Cass. Torino

ai terzi invece la posizione è molto divesa. Per essi la rappresentanza giudiziale di tutti i soci deve risultare da un espresso mandato *ad lites* rilasciato da tutti i soci individualmente. Colla elevazione della società a persona giuridica che avviene? La condizione interna resta inalterata, perchè a regolarla bastava il contratto; rispetto ai terzi invece le cose mutano: il rappresentante della persona giuridica è la persona giuridica stessa che agisce: egli incarna la persona giuridica e di pieno diritto ne ha la rappresentanza giudiziale, salvo le espresse limitazioni del mandato.

54. Di qui la conseguenza che rispetto ai terzi, sta in giudizio la persona giuridica società, in persona del suo rappresentante: rispetto ai soci stanno in giudizio tutti i soci collettivamente rappresentanti dalle persone a ciò designate nel contratto sociale. A questo proposito sarà bene precisare chi sia *terzo* e chi sia *socio*. Premetto (ed è del resto di tutta evidenza) che di regola terzo e socio non sono persone individualmente e fisicamente determinate, ma sono mere qualità giuridiche, talchè può darsi benissimo che la stessa persona fisica (o anche giuridica, ma determinata nella sua individualità) riunisca in sè la qualità di socio o di terzo. La qualità di socio deriva dal vincolo giuridico creato dal contratto sociale, e si estende di tanto, quanto si estende il contratto sociale.

Nel campo del diritto privato gli individui in tanto hanno importanza, in quanto si presentano in una qualità giuridica, e nulla vieta che sulla medesima testa si accumulino più qualità giuridiche (2): anzi la molteplicità delle relazioni giuridiche fa di questo il caso normale; è normale infatti che una stessa persona assuma

---

9 aprile 1889. *Giur. Tor.* 1889, 671, App. Torino 25 giugno 1883; *Giur. Tor.* 1883, 967; App. Torino 1 febbraio 1889, *Giur. Tor.* 1889, 328.

(2) Non è raro anzi il caso che una medesima condizione di fatto investa lo stesso individuo di più qualità giuridiche. Vedine un esempio nel capitano, che è, al tempo stesso, rappresentante dell'armatore, degli interessati al carico e ha veste propria di direttore tecnico della nave, della quale può essere anche comproprietario. Cfr. su questo punto l'interessante studio del SALMAN, *Duplex persona im Handelsrecht* nella *Zeitschrift für das ges. Hand.* XLI (1893), pag. 387 e segg.

La Corte di Cass. di Firenze 11 febbraio 1884, *Foro it.* 1884, 1, 335, è arrivata fino al punto di attribuire ai portatori di azioni privilegiate la doppia qualità di soci e di creditori: soci verso i terzi: creditori verso gli altri soci o azionisti. La questione mi sembra dubbia perchè si tratta di qualità diverse derivanti dallo stesso rapporto giuridico. V. la nota contraria del GABBA.

contemporaneamente le qualità del socio, di erede, di locatario di conduttore, di mandante, di compratore, di venditore ecc.

La qualità giuridica dipende adunque dal rapporto giuridico in forza del quale l'individuo (persona fisica o ente) si presenta come titolare di un diritto o di una obbligazione. La qualità giuridica di socio deriva quindi dal contratto sociale: socio è colui il quale si presenta come avente obblighi o diritti derivanti dal contratto sociale. Terzo, rispetto al contratto sociale, è colui che non si presenta nella qualità giuridica di socio. Ciò posto, è evidente che uno stesso individuo è socio quando agisce od è obbligato in forza del contratto sociale: è terzo quando il titolo del suo diritto o delle sue obbligazioni dipende da un altro fatto o da un altro negozio giuridico.

È questo il senso normale e più importante in cui si può assumere la parola socio e terzo. S'intende che ciò non esclude il concetto, dico così volgare, di socio, come colui che in genere, senza riguardo al rapporto controverso, è legato dal vincolo sociale, e di terzo, come colui che a tale rapporto è estraneo. Ma si può dire che la importanza di questo secondo concetto di socio e di terzo è limitata a quelle sole norme che riguardano la condizione strettamente personale dell'individuo rispetto alla conoscenza degli atti interni della società. O, in altri termini, tutte quelle regole dettate a favore di coloro che per non essere legati dal vincolo sociale, non hanno modo di aver sicura notizia degli atti interni della società, si intendono stabilite a favore dei *terzi*, in *senso stretto*, cioè di solo coloro che sono fuori completamente dai rapporti sociali (v. così ad es., art. 103 cod. di comm.).

La parola terzo si può dunque intendere in due sensi: uno lato o normale (che è quello su cui la legge assume normalmente la parola), ed uno stretto od eccezionale. *Lato sensu* terzo è chiunque si presenta come titolare di un diritto o di una obbligazione non derivante dal contratto sociale: *stricto sensu* è chiunque, non solo si presenta come titolare di un diritto o di una obbligazione non derivante dal contratto sociale, ma al vincolo sociale è del tutto estraneo. E conseguentemente la parola socio: socio nel primo caso è chiunque si presenta come titolare di un diritto od obbligo derivante dal contratto sociale: nel secondo caso chiunque è intervenuto nel contratto sociale in genere.

55. Queste osservazioni preliminari, di cui converrà ricordarsi in tutto il seguito della trattazione, perchè esse daranno modo di dissipare molti equivoci, sono particolarmente importanti riguardo alla condizione giuridica delle società commerciali nel giudizio civile. Una volta che nulla vieta ad uno stesso individuo il quale ha assunto, per il contratto sociale, la qualità giuridica di socio, di stabilire *coll'ente società* altri rapporti giuridici, diventa naturale e logica la costruzione per cui, quando egli si presenta nella qualità di socio, si trova di fronte tutti coloro che sono legati dal contratto sociale, e quando si presenta nella qualità di compratore, venditore, mutuante, locatore ecc., ed in genere di non socio (terzo), si trova di fronte la persona giuridica società (3). E medesimamente (come è naturale) si trovano di fronte la persona giuridica società coloro che non hanno mai assunto al qualità giuridica di soci.

Dal fin qui detto risulta che di vera capacità a stare in giudizio delle società commerciali non è possibile parlare. Nei rapporti interni non è la società, ma sono i soci riuniti in collettività che stanno in giudizio a mezzo dei rappresentanti sociali. Nei rapporti esterni abbiamo una persona giuridica, un subbietto ideale che — come tale — è incapace di stare in giudizio. Chi sta in giudizio sono coloro realmente in cui essa s'incarna; questi assumono, nella loro qualità giuridica di rappresentanti del subietto ideale, la veste di parti in causa, dimodochè tutto quanto essi fanno, si ritiene fatto dall'ente società. Quindi la frase: capacità a stare in giudizio delle società commerciali, deve essere intesa con molta discrezione; essa non significa altro, nei rapporti interni, che il diritto dei soci di far valere in giudizio collettivamente, le azioni derivanti dal contratto sociale, e nei rapporti esterni, il diritto della persona giuridica società ad agire in giudizio per mezzo dei suoi legittimi rappresentanti.

In conclusione, dovremo dire che la società commerciale, rispetto ai terzi, ha capacità di stare in giudizio come tale, in persona dei

(3) Chiamo *logica* questa costruzione perchè è l'unica che riesca a conciliare l'esistenza di un ente società con il fatto (innegabile) che, al momento in cui si conclude il contratto sociale, l'ente ancora non esiste. Come infatti si potrebbe dire che la società (ente) è vincolata al socio da un rapporto giuridico come il contratto sociale nel quale essa non potè intervenire, giacchè (come ente) non esisteva ancora? Nella dottrina della personalità assoluta si avrebbe la strana costruzione di un contratto che vincola una persona la quale non esisteva al momento della sua formazione.

suoi legittimi rappresentanti; rispetto ai soci sta in giudizio come collettività di soci non personificata, rappresentata dai rappresentanti sociali.

56. Quanto alle società straniere, la loro capacità a stare in giudizio in Italia era molto disputata, sotto l'impero del codice di commercio del 1865, il quale non aveva alcuna disposizione al riguardo. Si era perciò costretti a ricorrere all'art. 3 del cod. civ. secondo il quale lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini. La Corte d'Appello di Genova così ragionava: « ... l'art. 6 del titolo preliminare al cod. civ. dispone che lo stato e la capacità delle persone sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono. Nè regge l'obiezione che il detto articolo riguarda esclusivamente le persone fisiche e non già gli enti morali; giacchè quando la legge (cod. civ. art. 2) considera come persone anche i corpi morali legalmente riconosciuti ed al citato articolo dispone in termini generali, senza distinguere le persone fisiche dalle morali, che la loro capacità è determinata dalla loro legge nazionale, sarebbe incivile fare una distinzione che la legge non fa e che sarebbe contraria a quello spirito che informa il nostro codice, il quale, unico fra tutti i moderni, parifica gli stranieri ai cittadini nel godimento dei diritti civili (4) ».

57. Non si può, ad ogni modo, negare che, fondando la capacità delle società straniere in Italia unicamente sull'art. 3 del cod. civ., si va incontro ad un doppio ordine di inconvenienti. Anzitutto, nell'art. 2 del cod. civ., in cui vengono enumerate le varie specie di persone giuridiche, le società commerciali non sono comprese. Anzi, mentre esse erano menzionate nel progetto preliminare, furono poi eliminate nella redazione definitiva del codice. Se dunque le società commerciali non possono essere comprese nell'art. 2, non possono essere considerate come persone, e non possono neppure farsi rientrare nella categoria degli stranieri che l'art. 3 parifica, quanto al godimento dei diritti civili, ai cittadini.

---

(4) App. Genova 20 settembre 1882, *Legge* 1883, 1, 104. Conforme: App. Torino 1 dicembre 1881 *Giur. Tor.* 1882, 130; App. Milano 19 sett. 1882. *Mon. dei Trib. Mil.* 1882, 1032. Così pure nella dottrina GIANZANA, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, Torino, 1885, I, 1, pag. 120; ESPERSON, *Condizione giuridica dello straniero in Italia* Torino, 1892, I, pag. 276 e 277.

In secondo luogo, se soltanto in forza dell'art. 3 le società estere potessero essere in Italia pienamente capaci, esse verrebbero ad avere una posizione privilegiata in confronto di quelle nazionali, le quali, per l'art. 156 del codice di commercio cessato, non potevano esistere come enti giuridici, se fossero state costituite nella forma di accomandite per azioni o anonime, senza l'autorizzazione preventiva dello Stato e per gli articoli 87 e seguenti del codice vigente devono essere costituite con forme determinate e con determinate garanzie di pubblicità (5).

A mio avviso dunque l'art. 3 del cod. civ. è insufficiente e soltanto in base ad esso si deve negare ogni capacità alle società straniere nel regno.

58. Una disposizione più precisa invece abbiamo negli articoli 230 e seguenti del cod. di comm. vigente.

Le società legalmente costituite in paese estero possono o stabilire in Italia una semplice sede secondaria o una rappresentanza: oppure costituire in Italia la sede e l'oggetto principale della loro impresa (6). Nel primo caso, il cod. di comm. all'art. 230 prescrive che esse debbono uniformarsi alla legge italiana per tutto ciò che riguarda le garanzie di pubblicità imposte da essa alle società nazionali: nel secondo caso prescrive che sono soggette alle disposizioni del cod. di comm. italiano anche per ciò che riguarda la forma e la validità dell'atto costitutivo (7). Questo per gli *obblighi*. Quanto ai

---

(5) Cass. Torino 2 agosto 1883, *Giur. Tor.* 1883, 1059; Cass. Torino 7 marzo 1884, *Giur. Tor.* 1884, 497; App. Casale 4 luglio 1884, *Foro ital.* 1884, 1, 609.

(6) L'ipotesi che la società costituita in paese estero abbia in Italia la sede dell'amministrazione sociale, e quella della sua impresa fuori d'Italia, che recentemente il PINEAU, *Des Sociétés commerciales en droit international privé*, Paris 1894, pag. 189, rimproverava al legislatore italiano di non avere regolato, è assai poco probabile a verificarsi, nel fatto. Ad ogni modo la critica è, in principio, giusta, e segnala una lacuna che andrebbe colmata.

(7) Questa disposizione la quale assoggetta alla legge italiana anche per ciò che riguarda la forma e la validità dell'atto costitutivo, le società estere per il solo fatto che abbiano in Italia la loro sede principale e l'oggetto della loro impresa fu vivamente censurata dal DANIELI, *La condition légale des sociétés étrangères en Italie*, Venise 1889, pag. 36, dal GIANZIANA, *Lo straniero del dir. civ. ital.*, I, n. 70, dal VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, II, n. 697, dal PINEAU, *Des sociétés commerciales en droit international privé*, pag. 191, come vessatoria e contraria ai trattati vigenti. La censura è forse esagerata se si pensi che (come vedremo) la mancanza di atto scritto e delle formalità non rende la società inesistente come contratto, ma può valere tutto

diritti l'art. 230 ult. cap. stabilisce che le società estere le quali pongono in Italia la sede e l'oggetto principale della loro impresa, sono considerate come società nazionali. Riguardo a quelle che stabiliscono in Italia non la sede principale, ma una semplice sede secondaria o rappresentanza, la legge nulla dice. Ma per via d'interpretazione è facile scorgere come il legislatore abbia voluto ammetterle ad acquistare e ad esercitare diritti ed azioni nel regno per mezzo delle persone che esse delegano a rappresentarle.

E ciò per più motivi. In primo luogo perchè identica è la ragione della legge nel caso della società con sede principale e in quello della società con sede secondaria in Italia: in secondo luogo perchè altrimenti non si potrebbe capire quale portata avrebbe e quale effetto potrebbe produrre l'obbligo dell'adempimento delle stabilità e formalità. Infine, la frase della legge: « *queste persone* (cioè quelle che rappresentano la società estera con sede succursale nello Stato) *hanno verso i terzi la responsabilità stabilita per gli amministratori delle società anonime* » dimostra che il legislatore ha voluto garantire con una responsabilità straordinaria e speciale coloro che contrattano con tali rappresentanti, e che non avrebbero altrimenti come obbligata che la società residente all'estero. Il che viene ad essere una indiretta conferma che la società è capace di aver diritti ed esercitare azioni in Italia a mezzo del suo rappresentante (8).

59. Anche nel diritto dei principali Stati di Europa e d'America vige lo stesso principio che nel nostro diritto: che cioè le società commerciali straniere, legalmente costituite secondo la *lex loci* hanno capacità di stare in giudizio. Nell'applicazione però di questo principio si sono delineati due sistemi: uno più liberale, simile a quello accolto dal nostro legislatore, ed uno più restrittivo. Al primo sistema appartiene anzitutto la legislazione belga. Nel Belgio abbiamo

---

al più a restringere i mezzi di prova di esso (cfr. art. 53 e 87, cod. di comm.). Quello che invece effettivamente produce tale mancanza è l'impossibilità di acquistare la personalità giuridica. Ma non si può, francamente, dar biasimo al legislatore di aver voluto sottoporre alle condizioni delle leggi italiane tale grave concessione a società che, avendo l'oggetto principale della loro impresa in Italia, si possono dire fondate appositamente per vivere ed operare in Italia, e quindi devono logicamente equipararsi a società nazionali, almeno per quel che riguarda quella personalità giuridica, il riconoscimento della quale è un diritto esclusivo dello Stato.

(8) Nello stesso senso ELENA, *Dei diritti della persona straniera secondo la legge italiana*, Arch. giur. XLIX (1897), pag. 117.

l'art. 128 della legge 18 maggio 1873, il quale stabilisce che le società anonime e le altre associazioni commerciali, industriali e finanziarie, costituite o aventi la loro sede in paese straniero, possono fare le loro operazioni e agire in giudizio nel Belgio. Invece per l'art. 129 quando la sede principale è nel Belgio, la società deve adempiere alle formalità richieste dalla legge belga (9).

Sulla stessa via si sono posti i codici di commercio spagnuolo (art. 15), messicano (art. 15), portoghese (art. 109 e 111), argentino (art. 285 e 287). Anche la giurisprudenza tedesca (10), inglese e nord-americana (11) riconoscono alle società straniere il diritto di comparire in giudizio come parti. Lo stesso dicasi della giurisprudenza danese, olandese, e del principato di Monaco (12).

60. In Francia non si è mai fatta questione della capacità a stare in giudizio delle società estere in nome collettivo ed in accomandita semplice. Essa fu sempre ammessa, deducendola dal principio di diritto internazionale per il quale lo stato e la capacità delle persone sono regolati dalla *lex nationis*: « La loi — dicono LYON CAEN et RENAULT — qui réconnait l'existance légale et la personnalité des societés est une loi personnelle par excellence; elle crée la personne morale elle-même » (13).

Quanto alle società anonime, la legge 30 maggio 1857, fatta a favore delle società belghe, concede alle società di questo paese di esercitare i loro diritti e di stare in giudizio (*ester en justice*) conformandosi alle leggi francesi. Successivi trattati estesero questa concessione ad altre nazioni. Ma dove non vi sia trattato, il sistema

---

(9) LAURENT, *Droit civil international*, Paris-Bruxelles, 1880, IV, pag. 301.

(10) Reichsgericht 14 aprile 1882, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civils.*, VI, pag. 134; 5 giugno 1882; *Entsch. in Civils.* VII, pag. 68; 21 gennaio 1885. *Entsch. in Civils.*, XIV pag. 412; WOLFF, *De la condition des sociétés èntrangères en Alemagne* nel *Journal du droit intern. privé*, 1886, pagina 134 e seg., 272 e seg. 641 e seg.; WALKER, *Streitfragen aus dem internationalen Civilprozessrechte*, Wien, 1897, pag. 58.

(11) BAR, *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrecht* Hannover 1892, I. pag. 304, 306; WARTON *A treatise on the conflict of laws or privat international law*, Philadelphia, 1881, § 105.

(12) V. *Journ. du droit intern. privé*, 1882, pag. 446 e seg., 1884, pag. 35 e seg., 1888 pag. 619 e seg., 1890 pag. 244 e seg.

(13) LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, pag. 780 e segg. BAR, *Theorie und Praxis des internationalem Privatrechts*, Hannover 1889, I, pag. 300 e seg.; DELOISON, *Sociétés commerciales*, Paris, 1882, I, n. 165; Contra però LAURENT, *Droit civil intern.* IV. pag. 154.

della legislazione francese è molto restrittivo: esso richiede per l'esercizio dei diritti e la capacità ad istituire giudizi in Francia, la preventiva autorizzazione del governo francese (art. 2 della legge 30 maggio 1857). La dottrina e la giurisprudenza francese sono infatti concordi nel ritenere che tale disposizione della legge 30 maggio 1857 debba dirsi rimasta in vigore anche dopo la legge 24 luglio 1867 che abolì completamente il regime della autorizzazione preventiva. (14)

Egualmente restrittiva è la legislazione austriaca. L'ordinanza 29 novembre 1865 stabilisce all'art. 1 che le società estere per azioni o in accomandita, eccettuate le società di assicurazione, hanno capacità di agire e di stare in giudizio in Austria, purchè: *a*) siano costituite legalmente secondo la legge dello Stato d'origine; *b*) lo Stato a cui appartengono conceda eguali diritti alle società austriache; *c*) gli scopi della società non siano contrari agli interessi nazionali ed i suoi statuti non contengano disposizioni contrarie ai principi stabiliti dalla legislazione nazionale per la sicurezza del commercio; *d*) si assoggettino, con deliberazione valida a termini dello Statuto, e, occorrendo, approvata dallo Stato a cui appartengono, ad osservare le disposizioni delle leggi austriache, e specialmente quelle della presente ordinanza (15). La posteriore legge del 29 marzo 1873 concesse alle società di assicurazione gli stessi diritti che alle altre società (16).

Quanto alle altre società commerciali, e, in genere, tutte le persone giuridiche estere, non esiste — come dice il WALKER — nella legislazione austriaca alcuna disposizione che neghi alle società straniere il diritto di comparire in giudizio in Austria sia come attore che come convenuto (17).

---

(14) App. Parigi, 22 dicembre 1892, *Dalloz pér.*, 1893, 2, 157; Cass. francese, 14 maggio 1895 *Journ. du Palais*, 1896, 1, 161, con nota di LYON CAEN; App. Rouen, 22 luglio 1896, *Journ. du Palais* 1897, 2, 115; PINEAU, *Des sociétés commerciales en droit intern. privé*, Paris, 194, pag. 23. La disposizione del trattato deve essere espressa LYON CAEN, *Nota* cit.; SURVILLE nella *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1896, pag. 232.

(15) WALKER, *Streitfragen*, pag. 59.

(16) Cfr. *Annuaire de législation étrangère*, 1874, pag. 187, 1880, pag. 265. PINAEU, *Sociétés commerciales en droit intern. privé*, pag. 35.

(17) WALKER, *Streitfragen aus dem intern. Civilprozessrechte*, pag. 57.

Anche in Grecia (18), in Russia (19), in Svezia (20) vige il sistema dell'autorizzazione preventiva da parte dello Stato.

§ 2. *Le società irregolari.*

SOMMARIO: 61. Connessione della questione con quella della condizione giuridica delle società irregolari. — 62. Concetto delle società irregolari. — 63. La condizione giuridica delle società irregolari e le sanzioni legislative per il difetto di forma. — 64. Posizione della questione. La società irregolare non esiste come persona giuridica. — 65. Teoria del MANARA in favore della preesistenza della personalità alle formalità. — 66. Confutazione. Equivalenza dei due concetti di *persona giuridica* ed *ente collettivo*. — 67. La legge non riconosce alle società irregolari la qualità di persone giuridiche. Analisi dell'art. 77 in relazione agli art. 98 e 99 cod. di comm. — 68. L'art. 98. — 69. L'art. 99. Considerazioni generali. — 70. L'art. 99. I lavori preparatori. — 71. l'art. 99. Concetto logico. — 72. La personalità delle società irregolari e gli art. 847 e 863 cod. di comm. — 73. Teoria del BONELLI riguardo alla responsabilità dei soci, degli amministratori e dei promotori (art. 98). — 74. Confutazione. — 75. La responsabilità dell'art. 98 è fondata sul fatto dell'operare: l'obbligo dei soci sul contratto sociale. — 76. Risulati. — 77. Applicazione alla condizione giuridica delle società irregolari nel giudizio civile. — 78. Applicazione alle società estere costituite irregolarmente in Italia.

61. Dire quale è la condizione giuridica delle società irregolari nel giudizio civile, è lo stesso che decidere la gravissima questione della condizione giuridica in genere delle società di commercio irregolari. Trattare con quella diffusione che merita, da tutti i lati, la grave questione, non è qui possibile. Mi limiterò quindi a dire quanto è strettamente necessario per la qustione che ci preoccupa.

62. Società di commercio irregolare (meno esattamente, di fatto) è quella che non è *legalmente costituita* (art. 98 cod. di comm.) cioè quella che non è costituita nelle forme o nei modi degli art, 87, 90, 91, 93, 94 e 95 cod. di comm. Perchè una società sia legalmente costituita devono concorrere — come bene osserva il BONELLI — due ordini di condizioni: 1° un atto costitutivo in regola,

(18) EUCLIDÈS, *Condition légale des sociétés étréngères en Grèce* nel *Journ. du droit intern. privé*, 1889, pag. 59 e segg.

(19) BARKOWSKI, *Condition juridique des sociétés étrangères en Russie*, nel *Journ du droit intern. privé*, 1891, pag. 712 e segg.; LEHR, *Eléments de droit civil russe*, 1890, II, n. 1141 e 1142; PINAEU *op. cit.*, pag. 39.

(20) PINEAU, *op. cit.*, pag. 41.

2° l'adempimento di alcune formalità dirette a dare pubblicità all'atto stesso (1).

63 – Ma, se questi requisiti di forma non vengono osservati, quali sono le sanzioni che la legge commina? È questo il punto essenziale del grave problema, su cui dobbiamo portare tutta la nostra attenzione.

L'art. 42 del *code de commerce* del 1807 (conforme all'art. 55 della legge 24 luglio 1867) stabiliva: « Ces formalités seront observées, a peine de nullité, à l'égard des intéressés, mais le defaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés ».

Nel codice italiano del 1865, il concetto di *nullità* viene meglio chiarito e definito: per tale si spiega (come del resto l'intendevano anche coloro che prepararono il codice francese) nullità *per l'avvenire*: quindi, *scioglimento* della società. E l'art. 164 stabiliva:

« Se nei termini come sopra fissati non furono adempiute tutte le formalità stabilite, e finchè le stesse non saranno adempiute, può ciascun socio recedere dalla società, mediante una dichiarazione notificata per atto d'usciere.

« In questo caso la società s'intende di diritto risolta dal giorno della notificazione.

« La mancanza però delle dette formalità non può dai soci essere opposta ai terzi ».

Il che voleva dire in sostanza che il socio poteva sciogliersi rispetto agli altri soci, dalle obbligazioni derivantegli dal contratto di società, ma rispetto ai terzi non lo poteva.

Il codice del 1882, non volle mutare sostanzialmente quello che era oramai *ius receptum* nella materia, vale a dire la *nullità relativa* delle società commerciali irregolarmente costituite, o, meglio, il diritto di scioglimento spettante ai soci di tali società (solo di fronte agli altri soci), ma volle meglio determinare quali fossero la condizione giuridica e i diritti dei terzi che avevano avuto con esse rapporti. Donde nacquero gli art. 98 e 99 del vigente codice:

Art. 98. « Sino a che non siano adempiute le formalità ordinate negli art. 87, 90, 91, 93, 94, e 95, la società non è legalmente costituita. Sino alla legale costituzione della società, i soci, i promotori, gli amministratori, e tutti coloro che operano in nome di essa con-

---

(1) Bonelli, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, *Arch. giur.* LVIII, (1897), pag. 13 dell'estratto.

traggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte ».

Art. 99. « In mancanza dell'atto scritto o delle pubblicazioni ordinate negli articoli precedenti per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, ciascuno dei soci ha diritto di domandare lo scioglimento della società.

« Gli effetti dello scioglimento decorrono dal giorno della domanda.

« La mancanza delle suddette formalità non può essere dai soci opposta ai terzi.

«Nelle società in accomandita per azione ed anonime i sottoscrittori delle azioni possono chiedere di essere sciolti dall'obbligazione derivante dalle loro sottoscrizioni, qualora dopo tre mesi dalla scadenza del termine stabilito nell'art. 91 non sia stato eseguito il deposito dell'atto costitutivo ivi ordinato ».

64. – Non è questo il luogo di riassumere le varie questioni sorte dagli art. 98 e 99, e le varie opinioni a proposito di esse manifestatesi (2), meno ancora di trattarle con quella completezza che meriterebbero: ciò esorbiterebbe evidentemente dai limiti e dal carattere del presente lavoro. Riservandomi adunque di tornare in altra occasione sull'interessante argomento, dirò ora brevissimamente su di esso quanto è necessario per la questione che ci preoccupa. La questione che dunque ci limiteremo qui a trattare è la seguente: La società irregolare esiste? E se esiste, come esiste?

Gioverà a questo proposito richiamare anzitutto il già detto intorno alla personalità giuridica delle società commerciali. La personalità giuridica — ebbi più volte occasione di osservare — avendo bisogno (per esistere o, almeno, per essere riconosciuta) del suggello speciale o generale dello Stato, il carattere di persona giuridica nelle società non può cominciare ad esistere che quando siano osservati quei requisiti di forma e di pubblicità che la legge stessa prescrive.

65. – Il mio carissimo ed insigne maestro, il Prof. MANARA si è invece recisamente dimostrato di contraria opinione. « Or bene

(2) Vedino nel dotto ed acutissimo riassunto critico fattone dal BONELLI *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*. Estratto dall'*Arch. giur.* LVIII pag. 21 e segg. dell'estratto.

dice egli in un recente acutissimo scritto — egli è certo che è stato sostenuto anche da autorevoli scrittori che questa qualità di enti collettivi distinti, rispetto ai terzi, dalle persone dei soci, non ispetta alle società commerciali irregolari ossia non legalmente costituite; ma è certo del pari che una tale opinione non è assolutissimamente sostenibile sulla base della nostra legislazione positiva. In forza della qual legge la qualità che le società commerciali tutte hanno di enti collettivi distinti, rispetto ai terzi, dalle persone dei soci, non deve già ritenersi come un effetto della osservanza delle formalità prescritte, sibbene come un effetto necessario, immanente, dello stesso contratto di società commerciale, quando, ben inteso, il contratto sia valido fra i contraenti » (3).

Questa è la tesi, che il MANARA appoggia con quattro validissimi argomenti, che mi proverò di riassumere in breve: *a*) L'articolo 77, ult. cap. attribuisce la qualità di enti collettivi distinti, rispetto ai terzi, dalle persone dei soci, a tutte le società commerciali senza distinzione, senza subordinare affatto questa qualità all'adempimento di formalità quali che siano; *b*) L'art. 99, cap. 2°, stabilisce che la mancanza di formalità non può essere dai soci opposta ai terzi; dunque i terzi possono riconoscere le società commerciali come enti collettivi nonostante l'inadempimento delle forma-

---

(3) MANARA, *Le società anonime irregolari* nel *Dir. comm.* 1897, 18. Il MANARA fu il primo che abbia osato affrontare con tanta nettezza e coerenza la grave questione. L'ERRERA, ad esempio, che ebbe pure il merito di avere per il primo trattato con qualche profondità di indagini la questione delle società irregolari, parla sempre di *esistenza giuridica* della società come sinonimo di *personalità giuridica* (ERRERA, *Del difetto di formalità nelle società commerciali*, *Dir. comm.*, 1884, 293 e seg., v. più specialmente pag. 295, 299 a 310) alla quale esistenza contrappone un'altra esistenza, che egli però respinge, della società come *semplice comunione* (pag. 296). Ma non si domanda mai da che cosa dipenda questo stato di semplice comunione. L'idea che la causa giuridica di esso sia il *contratto* non gli si affaccia mai alla mente. Anche nel suo successivo lavoro: *Il fallimento delle società di commercio irregolari e la Corte di Cassazione di Torino* nel *Dir. comm.*, 1890, 785 e segg., egli contrappone l'esistenza dell'ente che accoglie alla *nullità delle società*, ma non si ferma affatto a vedere se la società possa non essere *nulla*, ma non essere neppure *persona giuridica*. Ultimamente lo SRAFFA, nel suo ottimo lavoro sul *Fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897, pag. 50 e segg. si schiera decisamente fra i fautori della personalità giuridica delle società irregolari. Ma l'equivoco in cui egli cade è il solito, di assumere in un doppio senso (*contratto e personalità giuridica*) la frase *esistenza delle società commerciali*.

Il VIVANTE invece *Trattato*, I, n. 393 col suo fine criterio intuisce esattamente la mancanza di personalità nelle società irregolari, per quanto poi nelle conseguenze di questo principio non si mostri sempre egualmente sicuro. (Vedi ad es. n. 305).

lità; *c*) L'art. 847 cod. di comm. ammette che possa essere dichiarato il fallimento di una società in nome collettivo o di una società in accomandita semplice o per azioni, benchè irregolari; *d*) L'art. 863 suppone il fallimento di una società in accomandita per azioni, o di una società anonima, benchè non sia stato neanche eseguito il deposito dell'atto costitutivo.

66. – Per entrare completamente nell'ordine di idee del chiarissimo professore, non si deve dimenticare che egli non ammette nelle società commerciali vera personalità giuridica; egli le crede semplicemente enti collettivi distinti dalle persone dei soci. A me pare di avere sufficientemente dimostrato che, limitando ai rapporti coi terzi la personalità giuridica, non se ne distrugge affatto il concetto. Ora, posto ciò da un lato, posto dall'altro che personalità giuridica non significa che *capacità ad avere diritti patrimoniali*, io non veggo quale differenza possa esservi — intendo differenza sostanziale — tra la persona giuridica e l'ente collettivo. Se il legislatore, all'art. 77, ha chiamato le società commerciali *enti collettivi* e non già *persone guiridiche* è solo perchè l'espressione generica *persona giuridica* è soltanto rarissime volte usata dalla nostra legislazione (4). D'altra parte neppure poteva adoperare l'espressione frequentemente usata di *corpo morale*, essendo il corpo morale una persona guiridica di ragion pubblica, mentre la società commerciale è una persona giuridica d'indole schiettamente privata (5).

Si è voluto dunque creare un contrapposto al *corpo morale*, e questo contrapposto è stato l'*ente collettivo*. Specie ambedue appartenenti alla grande famiglia delle *persone giuridiche*. Questo per ciò che riguarda la *lettera* delle disposizioni legislative. Che se poi guardiamo al loro intrinseco contenuto, ed al loro valore, ci confermeremo nell'opinione che *ente collettivo distinto dalle persone di coloro che lo compongono* e *persona giuridica di ragion privata* non sono che una sola e medesima cosa. Quale è infatti la nota caratteristica della persona giuridica? Già lo dissi:

---

(4) L'espressione *persona giuridica*, che io mi sappia, è usata solo dalla legge 17 maggio 1873 sulla Cassa depositi e prestiti (art. 9). La espressione *personalità giuridica* è usata anche dalla legge 15 aprile 1886 sulle società di mutuo soccorso (art. 1, 4, 8, 11) e dalla legge 15 luglio 1888 sulle Casse di risparmio.

(5) L'avere evitato l'espressione *persona giuridica* fu dovuto appunto al falso concetto, manifestato più volte nei lavori preparatori, che persona giuridica e corpo morale fossero una sola cosa e che quindi per darsi *personalità* fossero necessarie la perpetuità e lo scopo pubblico.

quella di costituire un soggetto di diritti autonomo, cioè un soggetto capace di diritti propri, che appartengono a quel determinato soggetto e non ad altri. Ciò posto, riscontriamo noi nelle società commerciali queste capacità ad avere diritti (attivi e passivi) che non sono di altri che della società? Si, evidentemente. Basterebbe infatti solo a provarlo l'art. 85 cod. di comm. in cui si compendia la vera caratteristica della società commerciale, cioè il diritto esclusivo dei creditori sociali al patrimonio sociale. E se così è, perchè non dire addirittura che l'*ente collettivo* distinto dalle persone dei soci dell'art. 77 ult. cap. cod. di comm. e le *persone giuridiche* della scienza sono una sola cosa? E se lo sono, continuerò io, come si può parlare di personalità, prima che lo Stato, direttamente o indirettamente sia intervenuto a riconoscerla?

67. — Questo in tesi generale Ma il MANARA incalza col suo stringente e brillantissimo ragionamento: appunto, è la legge, la legge stessa che all'art. 77 cap. ult. riconosce la personalità *a tutte* le società commerciali senza distinguere tra regolari e non regolari. Ora è proprio questo che io non credo. L'art. 77 cap. ult. non si occupa che delle sole società regolari, e ciò per la ragione che delle irregolari si occupano gli art. 98 e 99 cod. di comm. Quello dunque che si deve vedere è se nelle società commerciali degli art. 98 e 99 concorrano realmente i caratteri della personalità giuridica. Vediamo.

68. - L'art. 98 comincia col dichiarare che fino a quando non siano state osservate le norme prescritte dagli art. 87 e seguenti la società *non è legalmente costituita*. E prosegue dicendo che fino alla legale costituzione della società i soci ecc. sono illimitatamente e solidamente responsabili per le obbligazioni assunte in nome di essa. Ora queste due parti, di cui consta l'articolo, come sono materialmente, così sono logicamente distinte: nè si creda che la seconda sia una mera amplificazione o spiegazione della prima. Essa *non ripete* quanto è detto nella prima parte, ma *ne trae alcune conseguenze*. Dicendo che la *società non è legalmente costituita*, l'art. 98 ha dichiarato solennemente che una società di commercio irregolare *non esiste di fronte alla legge come società di commercio*. Quindi, non è fornita di quelle qualità che la legge riconosce alle società commerciali, prima delle quali la personalità giuridica. Fatta questa dichiarazione, la legge si è preoccupata delle conseguenze che da essa de-

rivano pei terzi creditori sociali. Donde la disposizione della seconda parte dell'articolo: fino alla legale costituzione della società, i soci, i promotori, gli amministratori, e tutti coloro che operano in nome di essa contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte. Lasciamo in disparte per ora i soci, di cui dovremo occuparci in seguito, e fermiamoci sopra la frase: *i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di essa* (società). Tutti questi la legge ritiene responsabili *personalmente* e *senza limitazione*. Perchè? Se la società irregolare costituisse persona giuridica, tutte queste categorie di persona come manda tari di un ente distinto non dovrebbero affatto rispondere personalmente degli atti eseguiti entro i limiti del mandato (cfr. ad es. art. 122 cod. di comm.). L'avere il codice sancito la responsabilità personale dei rappresentanti dimostra che manca appunto la responsabilità della società (ente). È questa una obbligazione *ex-lege*, non già una obbligazione *ex-delicto*, come vorrebbe il Bonelli (6): è un compenso che la legge ha voluto dare ai creditori sociali per il mancato diritto esclusivo sul patrimonio sociale, e non già un'azione di responsabilità contro gli amministratori negligenti (infatti l'art. 98 allude anche ai rappresentanti, institori, direttori di sedi, ecc., a cui nessun obbligo incombe di provvedere alla costituzione legale della società). Per conseguenza, questa obbligazione personale ed illimitata dell'art. 98 ha la sua base e la sua ragione d'essere nella mancanza di personalità: altrimenti a che servirebbe la disposizione di quest'articolo? Sanzione dell'obbligo di provvedere alle formalità non può dirsi, perchè esso ritiene responsabili anche coloro a cui tale obbligo non incombe. Dunque (come del resto ammettono tutti, ed anche il Manara) il presupposto naturale dell'art. 98 è la non esistenza di personalità.

69. E vengo all'art. 99. Se per l'art. 98 il mio illustre maestro concede che esso disponga per il caso in cui la società non costituisce persona giuridica, l'art. 99 sembra a lui *prova eloquente* che anche le società irregolari costituiscono enti collettivi distinti dalle persone dei soci. L'art. 99, cap. 2°, dicendo che la mancanza delle formalità non può essere dai soci opposta ai terzi, crede egli legittimo inferirne che i terzi possono riconoscere la società come ente collettivo distinto dalle persone dei soci, nonostante l'inadempimento delle formalità.

---

(6) Bonelli, *Delle società di commercio irregolari, ecc.*, pag. 58, num. 17.

Per conseguenza, l'art. 99 regola, per il MANARA, un'ipotesi diversa da quella dell'art. 98; l'art. 98 è destinato a determinare i diritti dei creditori sociali quando essi disconoscano la società (ente): mentre l'art. 99 è destinato a determinare i loro diritti quando la riconoscano. In quest'ultimo caso, la società esistendo come ente tal quale come una società regolare, i loro diritti sono gli stessi di quelli dei creditori di una società regolarmente costituita (7).

Questa ingegnosissima costruzione (la sola veramente logica fra tutte quelle escogitate dai partigiani della teoria della esistenza come persona giuridica della società irregolare) non mi sembra tuttavia che risponda, strettamente, alle disposizioni della legge (8).

Premetto che il cap. 3° dell'art. 99 si riferisce solo alle società in nome collettivo ed in accomandita, come indica chiaramente la sua stessa posizione nel contesto dell'articolo. Onde per le società in accomandita per azioni ed anonime si dovrebbe concludere che la personalità non preesiste alle formalità, e non sorge col solo contratto sociale. Ma anche per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, non mi pare che il capov. 2° possa avere il significato di un diritto che spetti ai terzi di riconoscere, a loro arbitrio, la società come ente collettivo. E neppure quindi mi pare possa trarsene la conseguenza che, se possono riconoscerla, è segno che la personalità preesiste alle formalità.

Comincio anzitutto dal notare che non si può prendere isolato il 2° capoverso dell'art. 99, e dalla sua formula « *La mancanza delle formalità non può essere dai soci opposta ai terzi* » dedurre senz'altro: dunque i terzi possono riconoscere la società *come ente collettivo*. Si cadrebbe in quello stesso vizio che il MANARA rimprovera al DE-ROSSI: « incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere » (9). Questo 2° capoverso bisogna interpretarlo avuto riguardo almeno a tutto l'articolo a cui appartiene.

Analizziamo infatti la disposizione dell'art. 99.

---

(7) MANARA, nel *Dir. comm.*, 1897, 39 e segg.

(8) Questa teoria della scelta, che risale fino alla dottrina francese (v. BONELLI, *op. cit.*) fu sostenuta con grande vigoria dal VIVANTE, *Trattato*, I, n. 307. Essa era già stata accolta dallo SRAFFA, *Giurispr. ital.*, 1892, I, 1, 985 (v. anche il suo scritto posteriore: *Creditori part. dei soci e creditori sociali nelle società di comm. irregolari*, *Dir. comm.*, 1895, 814).

(9) L. 24 *de const. princ.* Dig. I, 3.

Avverto che, se per ciò che riguarda l'art. 98 è vera — almeno in gran parte — la osservazione del MANARA che nessuna luce può trarsi dai lavori preparatori (10), per ciò che riguarda invece l'art. 99 il pensiero di coloro che prepararono la nostra legge commerciale si può forse con maggiore facilità afferrare. Per il che è però necessaria una importante osservazione preliminare. La separazione fra i due concetti di *ente collettivo distinto dalle persone dei soci*, e di *contratto di società commerciale* era — bisogna confessarlo — tutt'altro che chiara nella mente di coloro a cui si deve la nostra vigente legislazione commerciale. Per orizzontarci un po' meglio è bene notare quali sono le principali conseguenze del *solo contratto di società* e quali quelle dell'esistenza dell'*ente giuridico società*. La responsabilità dei soci per gli atti di coloro che operano in nome della società, entro i limiti del mandato, è la principale conseguenza del contratto. Il diritto esclusivo dei creditori sociali al patrimonio sociale è la principale conseguenza della personalità giuridica.

70. Ciò posto, vediamo di seguire, alla meglio attraverso i lavori preparatori, le intricate vicende dell'art. 99 e più particolarmente del famoso capoverso 2° di esso.

È noto che nelle discussioni avvenute al Senato nel 1874 e 1875 sopra il progetto di legge sulle società ed associazioni commerciali, presentato dal guardasigilli VIGLIANI, il concetto che si fece prevalere, fu quello di ritenere i requisiti di forma e di pubblicità come essenziali per la validità del *contratto sociale*, dichiarando *nulla anche tra i soci* la società mancante dell'atto scritto e delle pubblicazioni (art. 17 del progetto senatorio) (11). Dichiarata nulla la società anche come contratto, quali conseguenze avrebbero dovuto derivarne di fronte ai terzi? Evidentemente i soci, i quali non avessero avuto rapporti giuridici diretti con i terzi, non avrebbero dovuto essere ritenuti responsabili, Invece l'art. 18 del progetto, come sanzione per l'inadempimento delle formalità, volle aggiungere la responsabilità solidaria di tutti i soci, i quali però, aggiungeva l'articolo, non possono opporre in loro difesa gli atti non pubblicati. Strano sistema, il quale, mentre dichiara nullo un contratto, lo reputa va-

---

(10) MANARA: *Considerazioni intorno la interpretazione dell'art. 98 cod. di comm.*, nella *Giurispr. ital.*, 1896, I, 1, 26.

(11) *Lavori preparatori*, I, p. 1049. Vedili anche in CASTAGNOLA e GIANZANA *Fonti e motivi*, I, p. 389.

lido colla clausola della responsabilità solidale ed illimitata, presunta dalla legge con una presunzione *iuris et de iure*!

Il progetto MANCINI del 1877, invece, abbandonato il sistema della nullità assoluta (per quanto limitata ai terzi in quel curioso modo che abbiamo veduto) distinse (art. 97 del progetto) fra le società in nome collettivo e in accomandita semplice, e le società in accomandita per azioni ed anonime. Quanto alle prime, ritornò alle disposizioni del codice Albertino, e del cod. italiano del 1865, accordando a ciasun socio, in mancanza dell'atto scritto o delle pubblicazioni, il diritto di chiedere lo scioglimento della società, i cui effetti sarebbero decorsi dal giorno della domanda. Ma, malgrado tali mancanze, esso dava diritto ai terzi di ritenere responsabili senza limitazione tutti i soci. Quanto alle società in accomandita e anonime, sancì che, fino all'adempimento delle prescrizioni rigurdanti l'atto scritto e le pubblicazioni, esse non esistessero *come tali*. I sottoscrittori delle azioni avrebbero potuto, concorrendo determinate circostanze, chiedere di venir sciolti dalla obbligazione derivante dalle loro sottoscrizioni; e i promotori, gli amministratori e tutti coloro che avessero operato o contrattato per la società sarebbero rimasti obbligati solidariamente ed illimitatamente (12).

L'art. 97 del progetto Mancini passò integralmente nel testo definitivo approvato colla legge 2 aprile 1882, e ne divenne l'art. 98 del seguente tenore:

« In mancanza dell'atto scritto, e delle pubblicazioni ordinate negli articoli precedenti per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, ciascuno dei soci ha diritto di domandare lo scioglimento della società.

« Gli effetti dello scioglimento decorrono dal giorno della domanda.

« Tale mancanza non può essere dai soci opposta ai terzi, i quali avendo contrattato con una società esistente di fatto, hanno diritto di ritenere responsabili senza limitazione tutti i soci.

« Le società in accomandita per azioni, e le società anonime non esistono come tali, se non siamo costituite per atto pubblico e fino a che non siano state adempiute le disposizioni degli articoli 90 e 93. Qualora poi, dopo tre mesi dalla scadenza del termine stabilito nell'art. 90, non sia stato eseguito il deposito dell'atto costitutivo ivi

---

(12) *Relaz.* MANCINI, pag. 283 e seguenti.

ordinato, i sottoscrittori delle azioni possono chiedere di essere sciolti dall'obbligazione derivante dalle loro sottoscrizioni.

« In ogni caso, i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di una società per la quale non siano state adempiute le forme e le pubblicazioni prescritte, contraggono responsabilità personale e solidaria per tutte le obbligazioni assunte per la società ».

Quando la Commissione di coordinamento prese in esame l'art. 99, parve ad essa probabilmente che il 2° ed il 4° capoverso contenessero una inutile ripetizione di quello che era già detto nell'articolo 95 del testo definitivo stesso, il quale così suonava: « Fino a che non siano avvenute le pubblicazioni ordinate negli articoli precedenti, la società non è legalmente costituita, e chiunque contrae in nome di essa è tenuto solidariamente e senza limitazione per gli obblighi che assume ». Essa dunque tolse le due disposizioni contenute nei due cennati capoversi, e le fuse con quelle dell'art. 95, che divenne l'art. 98 del codice, mentre l'art. 98 del testo definitivo ne divenne l'art. 99. Il concetto della Commissione coordinatrice fu questo: completare le disposizioni dell'art. 95 (ora 98) specificando, col sussidio di quanto era detto nell'art. 98 (ora 99), quali fossero le persone che, contraendo in nome della società, restano solidariamente ed illimitatamente obbligate. Queste persone sono, per i due capoversi: 1° i soci della società in nome collettivo ed in accomandita semplice; 2° i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di una società in accomandita per azioni o anonima. Ma non si accorgeva in tal modo la Commissione coordinatrice che essa svisava il senso dei due capoversi, perchè in questi la responsabilità dei soci, dei promotori e degli amministratori non era affatto basata sul fatto dell'*operare* o del *contrarre*, come lo era invece la responsabilità dell'art. 95 del *Testo definitivo*, ma era basata, quanto ai soci, sulla loro qualità di soci di società in nome collettivo ed in accomandita semplice, quanto ai promotori od amministratori sulla loro qualità di promotori od amministratori di società in accomandita per azioni od anonime (13).

---

(13) Tuttavia, dato l'art. 95 (ora 98) così come fu modificato dalla Commissione coordinatrice, non mi pare vi possa essere dubbio che la responsabilità delle persone nominate debba basarsi appunto dal fatto dell'*operare*. Sul fatto dell'operare era basata la responsabilità dell'art. 95 del *Testo defitinivo* e l'errore in cui incorse la Commissione incorporando nell'art. 95 il 2° e il 4° capoverso dell'art. 98

Questa la storia legislativa dell'art. 99. Dalla quale risulta chiaramente: *a*) che la disposizione per cui la mancanza di formalità non può essere dai soci opposta ai terzi si deve ritenere limitata alle sole società in nome collettivo ed in accomandita semplice; *b*) che la vera portata di questa espressione non si può cogliere che studiandola nella formula dell'art. 98 del *Testo definitivo*: « *Tale mancanza non può essere dai soci opposta ai terzi, i quali, avendo contrattato con una società esistente di fatto, hanno diritto di ritenere responsabili senza limitazione tutti i soci* ». Infatti la Commissione coordinatrice non volle alterare la portata della frase: « *Tale mancanza non puó essere dai soci opposta ai terzi* », trasportando il restante del capoverso nell'art. 95 (ora 98): essa ritenne solo che il vero posto suo fosse nell'art. 95. Ora, se questo è vero, se è vero che il senso che aveva il 2° capoverso nell'art. 98 del *Testo definitivo* era che i soci di una società in nome collettivo ed in accomandita semplice, dovevano ritenersi responsabili senza limitazione, anche se la società fosse stata irregolare e non potevano perciò opporre ai terzi la mancanza di formalità (14), questo resta anche il significato del 2° capoverso dell'art. 99 del codice vigente. I soci, quindi non potranno opporre ai terzi la mancanza di formalità per sottrarsi alle obbligazioni che loro derivano dalle loro qualità di *soci*. Ma da ciò si può dedurre che è a loro proibito opporre ai terzi la mancanza di formalità per sottrarsi alle conseguenze che derivano dalla esistenza dell'ente giuridico società? Mai più. Ed anzitutto i soci non hanno alcun interesse ad opporre l'inesistenza dell'ente giuridico società. Poco infatti deve a loro importare che i creditori sociali abbiano diritto esclusivo sugli apporti messi in comune, o che vi possano accedere anche i creditori particolari. Rispetto ai creditori particolari essi invece opporrebbero, se potessero, l'esistenza dell'ente società, perchè riuscirebbero così a sottrarre loro parte del proprio patrimonio. Ora, se tale interesse non c'è, se c'è anzi un

---

del *Testo definitivo* non può togliere che l'attuale articolo 98 del codice debba intendersi come lo intese la Commissione, vale a dire nel senso che la responsabilità in esso sancita si basa solo sul fatto dell'*operare*. In ciò concordo pienamente col MANARA.

(14) Per il socio in nome collettivo e per il socio accomandatario era questa una pura conseguenza della loro posizione nella società commerciale e l'irregolarità nulla aggiungeva alla loro responsabilità. Aggiungeva però, secondo l'art. 98 del *Testo definitivo*, alla responsabilità del socio accomandante, che, a causa dell'irregolarità, restava responsabile illimitatamente. Il che non è più — come vedremo — nell'attuale art. 99.

interesse opposto, perchè avrebbe il legislatore fatta una ipotesi che non si verificherà mai? Grande interesse avrebbero invece i soci a negare la validità *del contratto*, perchè così potrebbero esimersi dagli obblighi a cui per esso sono tenuti. Ed è questo appunto quello che vieta il legislatore.

71. Ma se i precedenti e lo spirito dell'art. 99 non bastassero ad appoggiare la mia tesi, io credo che ogni dubbio dovrebbe sparire davanti alla lettera ed alla disposizione materiale della legge.

L'art. 99 comincia col dire che nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, quando mancano le formalità, ogni socio ha diritto di chiedere lo scioglimento della società, e gli effetti dello scioglimento decorrono dal giorno della domanda. L'allusione al contratto sociale è qui evidente. Il diritto che il legislatore ha voluto conferire al socio di una società in nome collettivo e in accomandita semplice irregolare è stato quello di chiedere la risoluzione del contratto. La mancanza di formalità non rende il contratto nullo; lo rende solo risolubile, dimodochè il socio, dal giorno della domanda giudiziale, rimane liberato da ogni obbligazione che possa a lui derivare dal contratto. Dal giorno della domanda non v'è più socio anzi non vi sono più soci. Ma se questa regola fosse assoluta, se essa cioè valesse anche rispetto ai terzi, ognuno vede che la mancanza di formalità ridonderebbe a tutto vantaggio dei soci. Invece questo non deve essere, e non è. Il legislatore ha avuto cura di aggiungere nel 2° capoverso dell'art. 99 che, malgrado lo scioglimento, i soci restano obbligati di fronte ai terzi per le obbligazioni assunte dai loro rappresentanti a tenore del contratto sociale. I soci quindi, dopo lo scioglimento non saranno obbligati a versare la parte non ancora conferita della loro quota per continuare l'esercizio del commercio della società, ma lo saranno, per soddisfare alle obbligazioni assunte dalla società prima dello scioglimento.

Per le società in accomandita per azioni ed anonime le regole legislative sono invece diverse. Gli azionisti non possono chiedere lo scioglimento della società: possono solo, quando siano passati tre mesi dopo il termine di quindici giorni dalla data dello statuto o atto costitutivo, prescritto dall'art. 91 cod. di comm. per il deposito in cancelleria, senza che il deposito sia avvenuto, chiedere *di essere sciolti dalla obbligazione derivante dalla loro sottoscrizione.* Anche qui si parla evidentemente di un obbligo contrattuale (*l'obbligazione derivante dalla sottoscrizione*), il che dimostra ancora una

volta che di rapporti contrattuali si occupa tutto l'art. 99. Soltanto che invece di chiedere la risoluzione del contratto, l'azionista di una società irregolare, ha solo il diritto di essere sciolto dalla sua obbligazione. E questo diritto per lui è assoluto: può farlo valere anche di fronte ai terzi, pei quali resta la garanzia del patrimonio già conferito (perchè il diritto dell'azionista riguarda solo *le obbligazioni* assunte, e non si estende alla ripetizione del già pagato), dei rappresentanti della società e degli altri soci (sempre s'intende nei limiti della obbligazione derivante dalla sottoscrizione).

Concludendo, l'art. 99 presuppone di necessità l'esistenza e la validità del contratto sociale: ma di esso non c'è nulla, assolutamente nulla che alluda alla esistenza della società come persona giuridica. E con ciò credo di aver risposto tanto al 1° argomento del MANARA desunto dall'art. 77 cod. di comm., quanto al 2° desunto dell'art. 99.

72. Diciamo ora qualche cosa degli art. 847 e 863 cod. di comm., pure invocati dal MANARA in sostegno della sua tesi.

L'argomento che il MANARA vuol dedurre dall'art. 847 è così strettamente connesso alla interpretazione che egli dà del 2° capov. dell'art. 99 che, combattuto quello, ci sembra di poterci dispensare dal combattere anche questo. L'art. 847 si occupa del *fallimento* della società in nome collettivo e in accomandita semplice. Il prof. MANARA, richiamandosi al capov. 2° dell'art. 99 ne deduce che le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, *anche irregolari*, possono essere dichiarate in fallimento: ma il fallimento suppone un ente autonomo: dunque anche le società irregolari sono enti collettivi. Ma visto come per il 2° cap. dell'art. 99 quello che i soci non possono opporre ai terzi è il *contratto sociale*, e quindi quello che i terzi possono far valere è il *solo contratto sociale*, ne deriva per logica conseguenza che i terzi non potranno mai, per l'art. 99, far dichiarare il fallimento dell'*ente sociale*. Potranno bensì far dichiarare il fallimento dei soci, concorrendo, insieme ai creditori particolari, sul patrimonio di questi. E si potrà dare anche una *procedura di fallimento unitaria*, con unica dichiarazione di fallimento, ma mai il fallimento della società come persona giuridica, come ente collettivo distinto dalle persone dei soci (15).

---

(15) V. BONELLI, *Delle società di commercio irregolari*, pag. 65 dell'estratto. Cass. Torino, 6 febbraio 1889, *Foro Ital.*, 1889, I, 855.

interesse opposto, perchè avrebbe il legislatore fatta una ipotesi che non si verificherà mai? Grande interesse avrebbero invece i soci a negare la validità *del contratto*, perchè così potrebbero esimersi dagli obblighi a cui per esso sono tenuti. Ed è questo appunto quello che vieta il legislatore.

71. Ma se i precedenti e lo spirito dell'art. 99 non bastassero ad appoggiare la mia tesi, io credo che ogni dubbio dovrebbe sparire davanti alla lettera ed alla disposizione materiale della legge.

L'art. 99 comincia col dire che nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, quando mancano le formalità, ogni socio ha diritto di chiedere lo scioglimento della società, e gli effetti dello scioglimento decorrono dal giorno della domanda. L'allusione al contratto sociale è qui evidente. Il diritto che il legislatore ha voluto conferire al socio di una società in nome collettivo e in accomandita semplice irregolare è stato quello di chiedere la risoluzione del contratto. La mancanza di formalità non rende il contratto nullo; lo rende solo risolubile, dimodochè il socio, dal giorno della domanda giudiziale, rimane liberato da ogni obbligazione che possa a lui derivare dal contratto. Dal giorno della domanda non v'è più socio anzi non vi sono più soci. Ma se questa regola fosse assoluta, se essa cioè valesse anche rispetto ai terzi, ognuno vede che la mancanza di formalità ridonderebbe a tutto vantaggio dei soci. Invece questo non deve essere, e non è. Il legislatore ha avuto cura di aggiungere nel 2° capoverso dell'art. 99 che, malgrado lo scioglimento, i soci restano obbligati di fronte ai terzi per le obbligazioni assunte dai loro rappresentanti a tenore del contratto sociale. I soci quindi, dopo lo scioglimento non saranno obbligati a versare la parte non ancora conferita della loro quota per continuare l'esercizio del commercio della società, ma lo saranno, per soddisfare alle obbligazioni assunte dalla società prima dello scioglimento.

Per le società in accomandita per azioni ed anonime le regole legislative sono invece diverse. Gli azionisti non possono chiedere lo scioglimento della società: possono solo, quando siano passati tre mesi dopo il termine di quindici giorni dalla data dello statuto o atto costitutivo, prescritto dall'art. 91 cod. di comm. per il deposito in cancelleria, senza che il deposito sia avvenuto, chiedere *di essere sciolti dalla obbligazione derivante dalla loro sottoscrizione.* Anche qui si parla evidentemente di un obbligo contrattuale (*l'obbligazione derivante dalla sottoscrizione*), il che dimostra ancora una

volta che di rapporti contrattuali si occupa tutto l'art. 99. Soltanto che invece di chiedere la risoluzione del contratto, l'azionista di una società irregolare, ha solo il diritto di essere sciolto dalla sua obbligazione. E questo diritto per lui è assoluto: può farlo valere anche di fronte ai terzi, pei quali resta la garanzia del patrimonio già conferito (perchè il diritto dell'azionista riguarda solo *le obbligazioni* assunte, e non si estende alla ripetizione del già pagato), dei rappresentanti della società e degli altri soci (sempre s'intende nei limiti della obbligazione derivante dalla sottoscrizione).

Concludendo, l'art. 99 presuppone di necessità l'esistenza e la validità del contratto sociale: ma di esso non c'è nulla. assolutamente nulla che alluda alla esistenza della società come persona giuridica. E con ciò credo di aver risposto tanto al 1º argomento del MANARA desunto dall'art. 77 cod. di comm., quanto al 2º desunto dell'art. 99.

72. Diciamo ora qualche cosa degli art. 847 e 863 cod. di comm., pure invocati dal MANARA in sostegno della sua tesi.

L'argomento che il MANARA vuol dedurre dall'art. 847 è così strettamente connesso alla interpretazione che egli dà del 2º capov. dell'art. 99 che, combattuto quello, ci sembra di poterci dispensare dal combattere anche questo. L'art. 847 si occupa del *fallimento* della società in nome collettivo e in accomandita semplice. Il prof. MANARA, richiamandosi al capov. 2º dell'art. 99 ne deduce che le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, *anche irregolari*, possono essere dichiarate in fallimento: ma il fallimento suppone un ente autonomo: dunque anche le società irregolari sono enti collettivi. Ma visto come per il 2º cap. dell'art. 99 quello che i soci non possono opporre ai terzi è il *contratto sociale*, e quindi quello che i terzi possono far valere è il *solo contratto sociale*, ne deriva per logica conseguenza che i terzi non potranno mai, per l'art. 99, far dichiarare il fallimento dell'*ente sociale*. Potranno bensì far dichiarare il fallimento dei soci, concorrendo, insieme ai creditori particolari, sul patrimonio di questi. E si potrà dare anche una *procedura di fallimento unitaria*, con unica dichiarazione di fallimento, ma mai il fallimento della società come persona giuridica, come ente collettivo distinto dalle persone dei soci (15).

(15) V. BONELLI, *Delle società di commercio irregolari*, pag. 65 dell'estratto. Cass. Torino, 6 febbraio 1889, *Foro Ital.*, 1889, I, 855.

L'art. 863 poi, è vero, suppone espressamente il fallimento di una società anonima o in accomandita per azioni irregolare, ma da esso non si può indurre che la società esista come ente giuridico. Fallimento nel caso di una società irregolare può darsi — e lo abbiamo visto — ma come *procedura*, non già come concorso dei soli creditori sociali sul patrimonio sociale, ad esclusione dei creditori particolari dei soci.

73. Il BONELLI, invece, distingue molto nettamente e giustamente il *contratto sociale* dall'*ente società*: il primo preesiste, per lui, alle formalità: il secondo non sorge che colle formalità. Nelle società irregolari quindi esiste per tutti, soci e terzi, *il contratto di società*: non esiste per alcuno, socio, o terzo, *l'ente società*. Per conseguenza: le azioni dei creditori sociali sono azioni contro i soci, sul patrimonio dei quali essi concorrono insieme ai creditori particolari, senza alcun diritto di preferenza: e contro i soci essi possono rivolgersi appunto in virtù del contratto sociale che li lega, e per il quale si sono obbligati a rispondere, entro i limiti più o meno larghi (secondo che trattasi di società in nome collettivo, in accomandita, o anonima) degli atti dei loro rappresentati (gerenti o amministratori).

È questa la prima azione che spetta ai creditori sociali. Ma oltre a ciò, essi possono, insieme a questa azione che deriva dal contratto, esercitare anche un'azione *in responsabilità* contro tutti coloro che si presentano come costituenti la *società*, ossia il suo *potere esecutivo*, nelle società in cui si ha una tale distinzione. Chiunque si presenta cioè come *membro costitutivo* o come *organo gestore* di un *ente società* che non esiste, risponde in proprio: di qui l'azione da una parte contro tutti i soci che non si presentarono con una qualifica limitativa di questa generica qualità, dall'altra contro i *promotori* e gli *amministratori* delle anonime, contro *tutti quelli che operano in nome della società*. Tutti costoro sono tenuti *personalmente ed in solido per tutte le obbligazioni sociali* (art. 98) (16).

I soci dell'art. 98 sono dunque per il BONELLI coloro che si presentarono di fronte ai terzi colla sola qualità di soci, senza altre qualifiche limitative della loro responsabilità. Lo scopo della legge — dice il BONELLI — è di tutelare la buona fede del terzo: se il contratto fu legalmente pubblicato, si presume che il terzo conosca le qualifiche limitative della responsabilità (accomandanti, azionisti). Ma

---

(16) BONELLI, *op. cit.*, pag. 58 e 59: v. specialmente pag. 48 e segg. numero 15.

se non fu pubblicato, il terzo ha diritto di credere (salvo che gli sia fatto chiaramente capire il contrario) che la responsabilità dei soci sia illimitata. Quando il terzo si trova di fronte ad un socio, la legge presume (fino a prova in contrario) che egli non conoscesse le qualifiche limitative della responsabilità di quello. Tocca al socio dimostrare che il terzo conosceva la limitazione di responsabilità. Di qui la formula dell'art. 98, quale avrebbe dovuto essere, per il BONELLI, affinchè la legge avesse espresso chiaramente il pensier suo: Fino alla legale costituzione della società, coloro che si presentano in faccia ai terzi senza qualifiche limitative della propria responsabilità, i promotori, e gli amministratori delle società per azioni, e tutti coloro che, anche senza tali qualità, in nome della società, contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per le obbligazioni sociali. (17).

74. Questa la ingegnosa interpretazione della seconda parte dell'art. 98, che il BONELLI contrappone alla interpretazione del MANARA. Ma il chiarissino BONELLI mi perdonerà se io, come ho apertamente accettato quella parte della sua geniale costruzione delle società irregolari, che rigurda la distinzione fra il *contratto sociale* e *l'ente società*, così altrettanto francamente dichiari che mi sembra affatto arbitraria la sua interpretazione dell'art. 98 per ciò che riguarda la frase: *i soci, i promotori ecc.* E comincio dal notare come la interpretazione del BONELLI abbia il gran torto di aggiungere alla legge quello che la legge non dice. L'art. 99 è generalissimo: esso non distingue, usa la parola pure generalissima: *i soci*. Ma vi ha di più. La interpretazione del BONELLI urta anche contro il significato letterale delle parole. Per essere appunto generalissima la espressione: *i soci*, è arbitrario attribuire ad essa il significato di *soci responsabili senza limitazione*, come se questi fossero i soci per eccellenza e quelli a responsabilità limitata quasi una razza degenere ed anormale di associati. No, questo non è. È socio tanto il socio in nome collettivo, quanto l'accomandante, quanto l'azionista. E tanto il primo, come il secondo, come il terzo, rientrano nell'espressione larghissima dell'art. 98.

75. Adunque, è proprio sul fatto dell'*operare* che si basa la responsabilità dell'art. 98 cod. di comm. (18). I soci che operano

(17) BONELLI, *op. cit.*, pag. 50.

(18) Questa interpretazione fu per la prima volta data dalla Corte d'App. di

in nome della società, i promotori che operano in nome della società, gli amministratori che operano in nome della società, sono responsabili senza limitazione ed in solido per le obbligazioni assunte (19).

Questa interpretazione ha per sè, anzitutto, la lettera della legge. *Grammaticalmente accettabilissima* la chiama lo stesso BONELLI (pag. 47). Ha per sè i lavori preparatori. Vedemmo infatti come l'art. 95 del *Testo definitivo* (ora art. 98) facesse dipendere la obbligazione solidaria ed illimitata proprio dal fatto dell'operare: « Fino a che non siano avvenute le pubblicazioni ordinate negli articoli precedenti, la società non è legalmente costituita, e *chiunque contrae in nome di essa* è tenuto solidalmente per gli obblighi che assume » e che, intercalandovi il 2° ed il 4° capoverso dell'art. 98 (ora 99), la Commissione coordinatrice intese solo di specificare quali sono le persone che contraggono in nome della società, lasciando però intatto lo spirito dell'articolo quale si trovava nel *Testo definitivo*. Ha per sè infine tutto il sitema armonico e razionale per eccellenza. Infatti, posto 1° che non esiste l'ente società, 2° che esiste ed è valido il *contratto sociale*, è naturale che l'art. 98 si occupi delle conseguenze del primo fatto, mentre l'art. 99 invece trae le legittime conseguenze del secondo e le regola convenientemente. Non essendovi l'*ente società*, scompare la garanzia esclusiva costituita a favore dei creditori sociali dal patrimonio sociale, onde è giusto che i terzi siano in qualche modo compensati del loro mancato diritto esclusivo colla responsabilità solidaria ed illimitata di tutti coloro che hanno operato in nome di un ente inesistente.

Ma, essendovi il contratto sociale, tutti coloro che vi hanno aderito sono tenuti a rispondere, entro i limiti del contratto, delle

---

Milano, 5 febbraio 1892, *Mon. dei Trib. Mil.*, 1892, 388, ed in seguito esposta con somma precisione del MANARA, *Considerazioni, Giur. Ital.*, 1896, I, 1, 22 e segg., e da lui ribadite nello scritto: *Le società anonime irregolari* nel *Dir. comm.*, 1897 e segg. L'accolse anche il DE ROSSI, *Diritti ed obblighi dei sottoscrittori d'azioni nelle società anonime* nella *Temi Veneta*, 1896, pag. 553 e segg.

(19) Gli amministratori non operanti, in forza delle solidarietà che lega tutti gli amministratori, saranno anch'essi responsabili. V. MANARA, *Le soc. anonime irregolari., loc. cit.*, 1897, cfr. su questo punto SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, pag. 182 e segg.; BONELLI, *op. cit.*, pag. 47 e seg. La censura mossa dal BONELLI al MANARA che così ammette implicitamente l'esistenza del contratto sociale, mentre nel sistema del MANARA l'ipotesi dell'art. 98 sarebbe quella del *disconoscimento della società*, è giusta, ma naturalmente non tocca la nostra teoria, della logicità della quale si viene così ad avere una nuova conferma.

obbligazioni assunte da coloro che li rappresentano. La sanzione che la legge stabilisce per la inosservanza delle forme, è, per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, esclusivamente *interna* e consiste nel diritto di chiedere lo scioglimento del contratto. Ma rispetto ai terzi, nessuno scioglimento si può opporre: le obbligazioni contratte devono essere completamente eseguite.

Per le società in accomandita per azioni ed anonime invece la sanzione della legge è piú assoluta da un lato, meno assoluta dall'altro. È più assoluta in quanto che, date certe determinate condizioni, è ammesso lo scioglimento dalle obbligazioni assunte dagli azionisti, non solo di fronte ai soci, ma anche di fronte ai terzi. È meno assoluta però in quanto che il contratto non può venir risolto, ma possono solo gli azionisti, concorrendo certe condizioni, liberarsi dalle obbligazioni assunte colla sottoscrizione, e se hanno già versato qualche somma, questa resta a garantire le obbligazioni sociali. Per conseguenza la obbligazione illimitata dei soci in nome collettivo ed accomandatari, la obbligazione limitata degli accomandanti e degli azionisti non dipende già del modo con cui i soci si sono manifestati ai terzi, ma dalle obbligazioni da essi assunte col contratto sociale. E che il contratto sociale resti perfettamente valido risulta ad esuberanza dall' art. 99. Prendiamo infatti le società in nome collettivo ed in accomandita semplice. Nei rapporti fra i soci il contratto è perfettamente valido prima dello scioglimento, a cominciare dal giorno della domanda, che non obbliga più i soci fra loro (arg. art. 99 principio e cap. 1°) Nei rapporti coi terzi il contratto vincola sempre i soci, malgrado l'inosservanza delle formalità (arg. art. 99 cap. 2°). Quanto alle società in accomandita per azioni e anonime, il contratto anche deve dirsi, in linea generale, valido, salvo certe limitazioni. Se dopo tre mesi dalla scadenza del termine stabilito nell'art. 91 cod. di comm. non sia stato eseguito il deposito dell'atto costituito, i soci possono, è vero, liberarsi dalle obbligazioni derivanti dalla sottoscrizione, ma intanto, i versamenti gia fatti restano perfettamente a disposizione dei creditori sociali, i quali vi concorrono, insieme coi creditori particolari degli azionisti: e se poi essi non si valgono della facoltà concessa loro dall'art. 99 ultimo cap. (e può darsi che se non ne valgano, ad es. per ottenere i dividendi) possono loro venir chiesti anche gli ulteriori versamenti, sui quali pure concorrono e creditori sociali e creditori particolari.

76. Concludendo, ecco, in brevissime parole, quale è il sistema che, a mio modo di vedere, scaturisce dagli art. 98 e 99.

a) Fino a che le formalità non siano adempiute la persona giuridica società non esiste. Non esistendo la persona giuridica società, i creditori sociali non hanno alcun diritto esclusivo sul patrimonio sociale (20).

In compenso però la legge accorda loro la garanzia solidaria ed illimitata di tutti coloro che si sono presentati a loro come rappresentanti della società: per conseguenza, i soci operanti in nome della società, i promotori, gli amministratori operanti in nome della società, e chiunque altro in genere operi in nome della società resta responsabile senza limitazione ed in solido (art. 98 cod. di comm.).

b) Malgrado l'inadempimento delle formalità esiste però il *contratto sociale*. L'inadempimento produce soltanto, rispetto ad esso, alcune perniciose conseguenze. Nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice queste conseguenze consistono nel diritto accordato a ciascun socio di chiedere lo scioglimento del contratto con effetto dal giorno della domanda. Ma l'inadempimento al fine di ottenere lo scioglimento delle obbligazioni derivanti dal contratto non può essere opposto ai terzi creditori sociali.

Nelle società in accomandita per azioni ed anonime le perniciose conseguenze consistono invece nel solo diritto concesso al socio (azionista), in certe circostanze, di sciogliersi dalle obbligazioni assunte colla sottoscrizione. L'inadempimento delle formalità, allo scopo di sciogliersi da tale obbligazione può essre opposto anche ai terzi (21).

c) Esistendo il contratto sociale, con questi soli effetti nocivi di cui alla lettera *b*), i soci sono tenuti ad osservare le obbligazioni

---

(20) Benissimo delineata questa condizione giuridica delle società irregolari nell'ottimo lavoro del GALEOTTI, *La condizione dei creditori nel fallimento della società di fatto, Dir. comm.*, 1892, pag. 451 e segg., e specialmente pag. 496, 499, e 508.

(21) Tolte queste speciali conseguenze, la condizione dei soci di una società irregolare, *rispetto agli altri soci*, è uguale a quella dei soci di una società regolare. E ciò si capisce, una volta che l'unica differenza che passa tra la prima e la seconda, è che l'una non possiede, e l'altra possiede la personalità giuridica. Ma siccome tale personalità non ha effetto tra i soci, ne consegue che *tra soci*, la posizione resta inalterata. V. in questo senso anche lo SRAFFA, nello scritto: *Il fallimento di una società in accomandita irregolare e le condizioni degli accomandanti* nel *Dir. comm.* 1895, 337, e nell'opera più recente: *Il fallimento delle società commerciali*, pag. 169 e segg.

in esso assunte, e quindi sono responsabili, entro i limiti del contratto, delle obbligazioni assunte dai loro rappresentanti (gerenti, amministratori ecc.). Per le società in nome collettivo ed in accomandita, questa obbligazione cessa, ottenuto lo scioglimento, a partire dal giorno della domanda rispetto ai soci. Rispetto ai terzi resta anche dopo lo scioglimento. Per le società in accomandita per azioni ed anonime, l'azionista può sciogliersi dalla obbligazione quando, dopo tre mesi e 15 giorni dall'atto costitutivo o statuto, non sia stato fatto il deposito in cancelleria (art. 99 cod. di comm.).

Per conseguenza, *rispetto ai creditori sociali*:

1° Il socio in nome collettivo e l'accomandatario sono illimitatamente responsabili;

2° Il socio accomandante di una società in accomandita semplice è responsabile limitatamente alla sua quota;

3° Il socio quotista o azionista di una società in accomandita per azioni e di un'anonima è responsabile limitatamente alla sua quota od azione, ma può liberarsi dalla obbligazione per la parte promessa, e non conferita, nei casi del cap. ult. art. 99 cod. di comm. (22).

77. Posto dunque come principio che nelle società irregolari *l'ente società* non esiste, ma esiste il *contratto sociale*, avremo, rispetto alla loro condizione giuridica nel giudizio civile, le seguenti conseguenze:

a) Rispetto ai soci resta immutata la posizione delle società regolari. Nè in queste, nè in quelle l'ente collettivo, la persona giuridica esiste, e quindi le azioni sono esercitate da e contro tutti i soci *uti singuli* personalmente o a mezzo dei loro mandatari speciali.

b) Rispetto ai terzi non essendovi ente, tutte le azioni debbono medesimamente intentarsi da e contro tutti i soci conside-

---

(22) A queste conclusioni arriva anche la giurisprudenza francese, sul riflesso che il contratto deve essere accettato o ripudiato per intero, e che i creditori non possono essere ammessi ad invocarlo per stabilire l'esistenza della società, e a farne astrazione quando si tratta di qualificarla. Quindi anche nelle società anonime irregolari l'obbligazione degli azionisti è limitata al versamento delle somme sottoscritte: Cass. francese, 30 gennaio 1893, *Journ. du Palais*, 1897, I, 493.x

rati *uti singuli*, o a mezzo dei loro mandatari speciali. Non esiste quindi società, ma esistono dei soci: le azioni dunque spettano ai soci e contro i soci, non già alla società e contro la società (23).

In una parola, la condizione giuridica di una società di commercio irregolare nel giudizio civile, è quella di una società civile, salvo — come vederemo — una più forte organizzazione della rappresentanza.

78. Quello che si è detto finora delle società irregolari nazionali, vale anche per le società irregolari estere, per quelle società estere cioè, le quali non abbiano adempiuto alle formalità prescritte nell'art. 230 cod. di comm. Anche qui è a richiamarsi la distinzione fra il *contratto di società* e la *società persona giuridica*.

Perchè il contratto di società fatto all'estero sia valido ed abbia efficacia in Italia basta che esso risponda alle condizioni prescritte dall'art. 9 delle Disp. prel. al codice civile e non sia contrario alle leggi d'ordine pubblico vigenti nel regno. Quindi, quanto alla forma estrinseca, deve essere conforme a quello che dispone la legge del luogo in cui venne concluso; quanto alla sostanza ed agli effetti delle obbligazioni deve essere regolato o dalla *lex loci* o, se i contraenti sono della stessa nazione, dalla *lex nationis*.

Questi i presupposti ed il valore del contratto di società stipulato all'estero, comunque non redatto e pubblicato nelle forme di cui all'art. 230 del nostro cod. di comm. Ma per ciò che riguarda l'altro carattere delle società commerciali, cioè la qualità di ente distinto dalle persone dei soci, esso non può essere spiegato in Italia senza l'adempimento delle formalità. Ed è questo appunto che stabilisce esplicitamente la nostra legge commerciale quando all'art. 231 dice: « L'inadempimento delle formalità prescritte nell'articolo precedente produce, fra le società sopra indicate, le conseguenze legali stabilite per le società nazionali ecc. »

Quindi le società estere che non hanno adempiuto alle formalità dell'art. 230 cod. di comm. non possono figurare in giudizio

---

(23) Conforme App. Genova 31 gennaio 1881, *Eco di giur. comm.*, 1881, 148; App. Torino 12 giugno 1891, *Giur. Tor.*, 1891, 640. Contro App. Perugia 11 luglio 1893, *Temi Veneta* 1893, 389; Cass. Firenze 21 giugno 1894, *Temi Veneta*, 1894, 373. Pure conforme BONELLI, *op. cit*, p. 58.

come enti collettivi autonomi; possono solo comparire in giudizio, o direttamente o per mezzo di rappresentanti, i soci considerati *uti singuli*, salvi gli effetti speciali del contratto di società, quando esso risponda alle condizioni volute dagli art. 7 e 12 delle Disp. prel. al codice civile (24).

---

(24) Conforme Cass. Torino, 30 giugno 1887, *Foro ital.*, 1887, 1, 601; App. Genova 23 luglio 1886, *Foro ital.*, 1886, 1, 809; Cass. Torino 13 settembre 1888, *Dir. comm.*, 1888, 829. Contro: App. Venezia 13 giugno 1893, *Temi Veneta* 1893, 354, la quale decise che una società, che ha omesso di uniformarsi alle prescrizioni degli art. 230 e 91 cod. di comm. non ha perduto la capacità a stare in giudizio, ma ha perduto solo i vantaggi riconosciuti dalla legge alle società nazionali legalmente costituite, restando tutti gli amministratori e rappresentanti personalmente e solidalmente responsabili. È questa, che trae la Corte di Venezia, una logica conseguenza della teoria della esistenza come persona giuridica delle società irregolari.

CAPITOLO SECONDO

ORGANIZZAZIONE DELLA RAPPRESENTANZA GIUDIZIALE

§ 1. — *Teoria generale*

79. La rappresentanza giudiziale delle società di commercio può assumere due forme: o essere *generica*, stabilita cioè per tutte le azioni giudiziarie a cui la società possa andare incontro, sia come attrice che come convenuta: oppure *specifica*, diretta cioè a una o più determinate azioni. La rappresentanza generica è la regola, quella specifica l'eccezione. Ogni società, sia espressamente, sia tacitamente, designa nel suo statuto od atto costitutivo a chi appartiene la rappresentanza in giudizio, e regola il modo con cui il rappresentante deve essere eletto. Questa è la sola forma di rappresentanza giudiziale che tanto i soci che i terzi sono obbligati a conoscere e a rispettare. Per i terzi infatti lo statuto o atto costitutivo è la legge della persona giuridica società: esso, debitamente approvato, trascritto e reso pubblico, l'accompagna per tutta la sua vita, ed ogni mutamento che si voglia apportarvi deve essere ugualmente appro-

vato e pubblicato. Per i soci l'atto costitutivo e lo statuto è il contratto da cui sono vicendevolmente legati. Tanto gli uni quanto gli altri sono dunque obbligati, per diverse ragioni, a riconoscere come legittimi rappresentanti o dell'ente o della collettività dei soci coloro che furono eletti a rappresentare la società secondo le norme dettate dallo statuto e nelle forme prescritte dal medesimo. Chiunque perciò, terzo o socio, voglia convenire in giudizio la società deve citare coloro che a termini dello statuto o atto costitutivo sono i rappresentanti della società, sia che si tratti di rappresentanza giudiziale espressa, cioè espressamente disciplinata dallo statuto, oppure di rappresentanza giudiziale tacita, cioè spettante in difetto di espressa disposizione, a coloro che hanno facoltà di amministrare il patrimonio sociale. La rappresentanza specifica invece non è legalmente conosciuta da chi agisce in giudizio contro la società che col deposito in cancelleria del mandato conferito ai rappresentanti, salvo che essa sia dovuta alla natura stessa dell'azione, o alla persona da cui è intentata (v. in seguito n. 88 e 89). La rappresentanza giudiziale generica può essere espressa o tacita. Se nello statuto o atto costitutivo è stabilita ed organizzata una rappresentanza apposita per i giudizi sociali, la rappresentanza giudiziale spetterà senz'altro a coloro che, in conformità dello statuto, vennero eletti a tale ufficio. Se invece nello statuto nulla si dispone al riguardo, la rappresentanza giudiziale spetta a coloro che vennero delegati ad amministrare la società.

La rappresentanza giudiziale specifica si dà o per certe azioni determinate (p. es. l'azione in responsabilità contro gli amministratori, di cui v. in seguito) o in riguardo alle persone dell'attore o convenuto, o in seguito a deliberazione apposita dei soci, o anche per disposizione espressa dello statuto (1).

80. Diciamo anzitutto della rappresentanza generica.

Coloro a cui è devoluta la rappresentanza della società per tutti in genere i giudizi sociali, sia in forza di una disposizione espressa che di una disposizione tacita dello statuto, hanno un duplice ca-

---

(1) Così in qualche statuto è detto che il Consiglio nominerà volta per volta il rappresentante giudiziale della società. Cfr. di recente statuto della *Fratellanza facchini in Torino*, *Boll. della società per azioni*, 1897, fasc. XXXIX. In questo caso la rappresentanza di coloro che vengono nominati volta per volta è una rappresentanza specifica basata sullo statuto.

rattere; di fronte ai terzi rappresentano la persona giuridica società: di fronte ai soci rappresentano la collettività dei soci (2). Né questa distinzione è — come potrebbe sembrare — puramente teorica; essa, al contrario, ha una notevole importanza pratica. Di fronte ai terzi infatti la società è legalmente rappresentata quando i rappresentanti agiscono nei limiti dei loro poteri: se essi adunque stanno in giudizio a nome della società, perchè la loro rappresentanza sia valida di fronte ai terzi basta che siano adempiute quelle condizioni a cui lo statuto subordina le loro facoltà. Se, ad esempio lo statuto richiede, perchè il direttore di una società anonima possa stare in giudizio, l'autorizzazione del Consiglio d'amministrazione e questa autorizzazione vi è stata, i terzi lo debbono riconoscere come legittimo rappresentante della società, e non potranno opporre quei difetti nell'adempimento delle condizioni della rappresentanza, che sono inerenti al lato interno del mandato (così nel caso in cui la deliberazione non sia stata presa regolarmente dal Consiglio). « Questa conseguenza — dice il VIVANTE — è inerente al sistema della legge che non obbliga la società a pubblicare le norme imposta dal suo statuto o dal suo regolamento per la adunanza del Consiglio, e non permette ai terzi di esaminare i processi verbali » (3). Ciò avviene inoltre, aggiungo io, perchè il terzo, trovandosi di fronte l'ente società, ha obbligo di accertarsi solo che esiste il mandato, e che il mandatario operi nei limiti del medesimo, e non già anche che il mandato sia conferito con quelle forme, e in quei modi che l'ente società stabilì a sè stesso per garantirsi contro i possibili abusi degli organi in cui risiede la manifestazione della volontà sociale. E viceversa, il direttore non potrà opporre, in questo caso, la sua mancanza di veste a rappresentare la società.

Diversamente è invece quanto ai rapporti tra società e soci, vale a dire tra la collettività dei soci e il socio singolo: essi, come dice benissimo il VIVANTE, « *sono regolati dal contratto sociale*: qui non è decisiva la forma esteriore della rappresentanza, ma il suo fonda-

---

(2) Salvo quindi speciali disposizioni dello statuto o atto costitutivo, la rappresentanza giudiziale conferita genericamente comprende tanto le azioni *pro socio*, che le azioni contro i terzi. Se, ad esempio, la rappresentanza in giudizio è devoluta dallo statuto al direttore della società, è questi e non già altri che rappresenta la società (collettività dei soci) anche di fronte ai soci singoli, e non è necessario l'intervento di altre persone, come il presidente del Consiglio d'amministrazione, o il Presidente dell'Assemblea. V. App. Catania 9 maggio 1891, *Foro ital.*, 1891, I, 163.

(3) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 482.

mento materiale » (4). Quando alcuno si presenta infatti come socio, come titolare cioè di diritti ed obblighi derivanti dal contratto sociale, la rappresentanza della società deve essere disciplinata strettamente secondo il contratto medesimo, il quale lega tutti i soci: onde anche il lato interno del mandato assume grande importanza. Quindi i soci possono opporre (e devono subire) tutte le eccezioni riguardanti anche il lato interno del mandato, riguardanti, ad. es.: la regolarità delle deliberazioni del Consiglio d'amministrazione che autorizza a stare in giudizio ecc. ecc.

81. Quanto alla rappresentanza giudiziale espressamente disciplinata dagli statuti, *nulla quaestio*. È interessante però vedere quale sia, nella pratica degli statuti delle società, la organizzazione di questa rappresentanza giudiziale espressa. Ordinariamente essa viene dagli statuti devoluta al Consiglio d'amministrazione (5), anzi, più spesso, al presidente del Consiglio d'amministrazione (6), Qualche volta il presidente ha bisogno dell'autorizzazione del Consiglio (7) o ha la rappresentanza in unione al direttore (8). Frequente è la rappresentanza del direttore (9) o dell'amministratore delegato (10). Caratteristica è la distinzione della rappresentanza che si riscontra in qualche statuto, in cui di fronte ai terzi è delegato a rappresentare la società il direttore o l'amministratore

---

(4) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 483.

(5) V. fra i più recenti statuti: Coop. Trinacria per l'estrazione dell'agro essenza di limone in Palermo, *Bou. delle soc. per az.*, 1897, XXX; Coop. fra lavoranti muratori ed affini in Sampierdarena, *Boll.* 1897, XXX; Consorzio agrario coop. di Marino, *Boll.*, 1897, XXXI.

(6) V. da ultimo i seguenti statuti: Unione costruttrice operaia di Anghieri, *Boll.*, 1897, XXX; Cassa rurale cattolica di S. Maurizio in Roccaforte, *Boll.* 1897. XXX; Coop. tra i cavatori di pietra di Marigno, *Boll.*, 1897, XXXIII; Coop. di Consumo in Zibello (Parma), *Boll.*, 1897, XXXIII; Coop. tra i lavoranti in paglia di Sesto Fiorentino, *Boll.*, 1897, XXXIII; Magazzino coop. di Montecastello (Alessandria), *Boll.*, 1897, XXXIII; Società anonima fra esercenti per l'esazione del dazio consumo in Fossano, *Boll.*, 1897, XL; Società elettrica di Vastone, *Boll.*, 1897, XLI; Anonima monzese d'elettricità, *Boll.*, 1897, XLIII.

(7) Coop. tra operai muratori in Macerata, *Boll.*, 1897, XXX.

(8) Calzificio italiano in Pertusella, *Boll.*, 1897, XXX.

(9) Così, ad es., l'Agricola, società coop. di consumo in Roma, *Boll.*, 1897, XXXI. Banca di sconti e depositi di Ostuni, *Boll.*, 1897, XXXIX.

(10) Società coop. Principessa Elena in Roma, *Boll.*, 1897, XXX; Coop. fra fabbri romani in Roma, *Boll.*, 1897, XXXVI.

delegato; di fronte ai soci il presidente del Consiglio d'amministrazione (11).

Se i rappresentanti designati a rappresentare la società in giudizio sono più, essi non potranno agire che congiuntamente, dovendosi considerare costituiti dalla volontà sociale, in collegio. È al collegio e non ai singoli che realmente si è voluto conferire la rappresentanza.

82. Quando nello statuto o atto costitutivo non vi sia alcuna disposizione circa la rappresentanza giudiziale della società, questa spetta alle persone delegate all'amministrazione, anzi più precisamente, ai soci o amministratori aventi la firma sociale (arg. art. 375 cod. di comm.).

Se le persone delegate all'amministrazione sono più, si potrebbe dubitare, se la rappresentanza in giudizio spetti a tutti i rappresentanti congiuntamente, oppure se ognuno possa, separatamente dagli altri, agire ed essere convenuto in giudizio in nome della società.

Bisogna distinguere a questo proposito la società in nome collettivo ed in accomandita semplice, dalle società in accomandita per azioni ed anonime.

Nelle società in nome collettivo, la responsabilità illimitata dei soci, il loro piccolo numero, il loro diretto interesse all'azienda sociale, hanno consigliato il legislatore a concedere, nel silenzio dell'atto esecutivo, la facoltà di rappresentare la società a tutti i soci, in modo che ognuno di essi può fare separatamente tutti gli atti di amministrazione ed anche quindi rappresentare la società in giudizio (art. 1721, 1723 § 1° cod. civ., art. 107 cod. di comm.) (12). Così pure pei soci accomandatari (ai quali è riservata l'amministrazione) nelle società in accomandita semplice (art. 116 doc. di comm.).

Nelle società in accomandita per azioni ed anonime la cosa è alquanto diversa. Anzitutto c'è l'art. 89, n. 8. il quale prescrive che l'atto costitutivo o lo statuto deve esprimere quale tra gli amministratori ha la firma sociale. È quindi molto difficile che uno statuto non indichi chi ha la firma sociale (e per conseguenza non dica implicitamente a chi spetta la rappresentanza giudiziale), giacchè, se ciò accadesse, dovrebbe il tribunale negare la trascrizione ed

---

(11) V. ad es.: lo statuto della *Società dei prodotti carboniferi italiani*, *Boll.*, 1897, XXXVII.

(12) LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 259 e 818; VIDARI, *Corso*, I, n. 1051 (4ª ediz.), Cass. Roma, 21 febbraio 1879, *Legge*, 1879, 1, 243.

affissione (art. 91 cod. di comm.). Tuttavia, se malgrado ciò, fosse trascritto uno statuto senza l'indicazione richiesta dall'art. 89, n. 8, si deve ritenere che la rappresentanza spetti a tutti gli amministratori congiuntamente, e non già — come per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice — separatamente. Infatti nelle società anonime il mandato di amministrazione non è dato ai singoli componenti il Consiglio d'amministrazione, ma al Consiglio stesso, come collettività, come collegio (13). Per conseguenza, nelle società in accomandita per azioni o anonime, nel silenzio dello statuto, la rappresentanza in giudizio si deve ritenere devoluta a tutti gli amministratori congiuntamente (14).

83. Quando il rappresentante giudiziale della società muore o cessa per qualunque causa dal suo ufficio, se il giudizio fu incominciato, si fa luogo alla riassunzione d'istanza (art. 332 cod. proc. civ.) (15). Se i rappresentanti sono più, ed uno di essi muore, o cessa dal suo ufficio, la società continua ad essere rappresentata dagli altri (16). Ciò è vero nella società in nome collettivo ed in accomandita semplice (v. numero preced.), in cui, nel silenzio dell'atto costitutivo, ogni socio può rappresentare da solo la società, e può agire separatamente: ed è vero anche nelle società in accomandita per azioni e anonime, in cui — come vedemmo — quando gli ammi-

---

(13) Cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, n. 480; LYON et RENAULT, *Traité*, II, n. 818; GIORGI, *La dottrina delle pers. giur.*, VI, p. 388 e nota. *Contra* TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, n. 257.

(14) In questo caso quindi tutti gli amministratori devono essere citati e a tutti deve essere notificata la citazione.

(15) La Corte d'Appello di Roma invece, con sentenza 11 marzo 1876, *Giur. ital.*, 1876, I, 2, 326 decise che la morte del rappresentante non dà luogo alla riassunzione d'istanza, perchè la società, come parte in causa, rimane la stessa La decisione non mi sembra esatta. È vero che chi sta in giudizio non è il rappresentante, come persona, ma la società per mezzo del rappresentante: ma *parte*, nel senso dell'art. 332 c.p.c. non è solo il soggetto di diritto, di cui o contro cui si fanno valere in giudizio le ragioni, ma è anche colui che si presenta in giudizio in una veste speciale, come rappresentante di quello, nel cui interesse il giudizio è realmente condotto. Infatti nell'art. 332 si parla del caso in cui *avvenga la cessazione dall'ufficio per cui* (una delle parti) *doveva comparire in giudizio.* Il che vuol dire che anche chi comparisce in giudizio non nell'interesse proprio, ma in una qualità speciale, cioè nell'interesse altrui, è considerato come parte. Ora se la cessazione dall'ufficio dà luogo alla riassunzione d'istanza, a più forte ragione deve darvi luogo la morte.

(16) App. Torino, 1 giugno 1881, *Annali*, 1881, II, 447.

nistratori siano più, essi formano un collegio. Ora, anche diminuito di uno dei suoi membri, il collegio permane nel resto dei componenti.

84. Più grave è la questione che rigurda il caso di *rinuncia* da parte del rappresentante della società. Si domanda cioè, se egli cessa *ipso iure et facto* dal rappresentare la società all'atto che rassegna le proprie dimissioni, o se deve invece continuare nell'esercizio del suo ufficio, fino a che queste non siano state accettate. Questa ipotesi della *rinuncia volontaria* è particolarmente importante per la rappresentanza in giudizio: occorre infatti sapere se gli atti di procedura fatti in confronto del rinunciante dopo la rinunzia, ma prima dell'accettazione, siano validi o no. La soluzione dipende in gran parte dal carattere che si attribuisce ai rappresentanti delle società commerciali.

La figura giuridica dei rappresentanti di società commerciali è complessa. Già nelle società civili il socio delegato all'amministrazione, è un mandatario con poteri speciali e più larghi, in quanto che non solo può fare tutti gli atti che dipendono dalla sua amministrazione, *anche contro la volontà degli altri soci*, purchè ciò segua senza frode (art. 1720 cod. civ.), ma se fu nominato nel contratto sociale, non può essere revocato senza una causa legittima (articolo 1720 cap. cod. civ.) (17). Nelle società commerciali un altro elemento viene a rendere più complicata la condizione degli amministratori, ed è la personalità giuridica dell'ente sociale. Questa personalità, rendendo gli amministratori dei rappresentanti in cui si personifica l'ente giuridico società, dà loro anche un carattere di magistrati sociali (18). Tuttavia, in complesso, il carattere prevalente nei rappresentanti delle società commerciali è quello di mandatari. Come tali, essi non solo possono essere revocati, ma possono anche dimettersi (19). È naturale però che la dimissione debba produrre effetti diversi rispetto ai mandanti (soci e società) e rispetto ai terzi.

85. Rispetto ai mandanti, basta che la dimissione sia notificata a termini dell'art. 1761 cod. civ. senza che sia necessaria l'ac-

(17) V. anche LAURENT, *Principes*, XXVI, n. 303.

(18) Alcune volte la nomina del rappresentante spetta al Governo, o al Governo spetta la facoltà di approvare la nomina dell'assemblea. Cfr. VIVANTE, I, n. 458.

(19) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 462; MARGHIERI, *Le società e le associazioni commerciali* nel *Comment.* di Verona n. 492.

cettazione da parte dell'assemblea, perchè, come benissimo osserva il VIVANTE, ciò suppone implicitamente che l'assemblea abbia la facoltà di non accettarla, ed è esatto, perchè nessuno può essere obbligato a prestare personalmente l'opera sua (20). La notificazione dovrebbe essere sempre fatta ai soci stessi, mandanti (21). E così infatti credo debba essere nelle società in nome collettivo ed in accomandita. Nelle società anonime invece, in cui i soci sono ordinariamente molti, e la riunione deve essere fatta con formalità e preavvisi che richiedono tempo considerevole (art. 155 cod. di comm.), la legge ha provveduto per la costituzione di un organo che si considera come un'altra emanazione diretta della collettività dei soci, vale a dire la riunione dei sindaci e degli amministratori restanti in carica, i quali sono dalla legge autorizzati a nominare i nuovi amministratori (art. 125 cod. di comm.) e quindi è a ritenersi che possano ricevere la rinunzia degli antichi (22). Questa la regola: la quale soffre eccezione nel caso in cui vi sia un solo amministratore e questi dia le dimissioni.

L'art. 125 cod. di comm. infatti prescrive che in questo caso *deve essere convocata l'assemblea generale*. Ciò vuol dire che solo l'assemblea generale può ricevere la rinunzia dell'amministratore unico.

---

(20) VIVANTE, I, n. 462.

(21) Questo nei rapporti interni in cui, non essendovi ente, i soci sono i mandanti diretti; ma lo stesso è anche pei rapporti esterni, perchè, pur essendo mandante la persona giuridica, l'organo in cui risiede la volontà sociale è costituito sempre dalla collettività dei soci.

(22) V. VIVANTE, *Trattato*, I, n. 462. Alcuni credono che la rinuncia, per esser valida, non basta che sia stata data e notificata: occorre anche che sia accettata. V. VIDARI, *Corso*, I, n. 797. App. Milano, 10 aprile 1879, *Mon. dei Trib. Mil.*, 1879, 517; Cass. Torino, 20 dicembre 1884, *Giur. Tor.*, 1885, 205; App. Genova 25 nov. 1887, *Eco di giur.*, 1887, 881; Cass. Roma, 3 ottobre 1892, *Giurista*, 1892, 465, e anche la giurisprudenza francese, la quale decise persino che, nel caso in cui l'assemblea dei soci si rifiuti di accettare la rinunzia questa possa essere pronunziata dal magistrato. Cfr. Cass. francese, 8 dicembre 1890, *Revue des sociétés*, 1891, 146 (nella specie trattavasi di una società civile, ma, dato il sistema, l'applicabilità della massima alle società commerciali non è dubbia). Invece la dottrina e la giurisprudenza tedesca sono per una opinione intermedia, secondo la quale la rinunzia non produce i suoi effetti quando sia stata data intempestivamente cioè con pregiudizio della società. V. RING, *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften anf Aktien und die Aktiengesellschaft*, Berlin, 1892-93, II, p. 499 e 536; STAUB, *Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1895, p. 477, *Entsch*, XIII, p. 50. Per la necessità dell'accettazione, in certi casi v. MORI, *L'amministrazione della società anonima*, Torino, 1897, I, n. 30, p. 38, ma per una serie di poco concludenti analogie.

E che così sia mi persuadono: 1° lo spirito dell'articolo. Infatti esso dispone che in caso di dimissioni dell'amministratore unico, la surroga (provvisoria o definitiva) non è fatta, come nei casi di più amministratori, di cui uno si dimetta, oppure di amministratore unico, che venga a mancare per altra causa (morte o impedimento fisico), dai restanti amministratori uniti ai sindaci, o dai sindaci soltanto, *ma deve essere convocata l'assemblea generale*. Il che importa implicitamente che i sindaci, i quali non possono nominare il successore, non possono nemmeno accettare le dimissioni del rinunziante; 2° la lettera stessa della disposizione legislativa, la quale mentre, nelle altre due ipotesi accennate, parla sempre *di surroga del mancante* (art. 125 n. 1: «gli altri amministratori uniti ai sindaci... procedono a surrogare il mancante») e di *nomina* provvisoria o definitiva (art. 125 n. 2: «In caso di morte o impedimento fisico, la nomina provvisoria viene fatta dai sindaci, ma l'assemblea generale deve essere convocata d'urgenza per la nomina definitiva»), nella ipotesi della rinuncia di amministratore unico usa la frase generica: *deve essere convocata l'assemblea generale*. Con che ha voluto dire evidentemente che l'assemblea generale viene adunata non solo per la nomina del nuovo amministratore, ma anche per il ricevimento della rinunzia del vecchio.

86. Se si tratta invece di persone, che sono del tutto estranee al mandato (terzi rispetto al mandato, terzi *stricto sensu* rispetto alle società) non sempre la sola rinuncia e la notificazione bastano. Bastano nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice (23). Non bastano per le società in accomandita per azioni ed anonime, per le quali il legislatore ha stabilito un apposito regime di pubblicità riguardo alla nomina degli amministratori (annotazione sul registro delle società, articolo 139 codice di commercio). È chiaro che i terzi, i quali sono stati avvertiti della nomina dei rappresentanti della società, devono continuare a ritenerli in funzione fino a contrario avviso (24). Questo contrario avviso d'altra parte non può consistere che nella annotazione della nomina dei nuovi amministratori, giacchè i terzi, rispetto ai quali la società

(23) Sarebbe però opportuno che una disposizione legislativa provvedesse a rendere avvisati i terzi della nomina e della cessazione dell'ufficio anche dei rappresentanti di queste società.

(24) VIVANTE, *Trattato*, II, n. 462; MORI, *L'amministrazione, ecc.*, I, n. 30.

esiste solo come persona giuridica, hanno diritto che essa sia sempre incarnata nei suoi rappresentanti, dei quali non si può quindi indugiare la nomina, senza sottarre ad essi il diritto di far valere in giudizio le loro ragioni contro la società. Per conseguenza, tutti gli atti di procedura fatti in confronto del rappresentante dimissionario, la cui rinunzia sia stata anche accettata, ma che non sia stata fatta ancora conoscere al terzo mediante la pubblicazione della nomina del successore, si devono ritenere perfettamente validi, salvo, s'intende, la riassunzione d'istanza.

87. Salvo contraria disposizione dello statuto o dell'atto costitutivo, gli amministratori che rappresentano in giudizio la società, non hanno alcun bisogno di autorizzazione speciale per stare in giudizio volta per volta (25). E nel caso stesso in cui lo statuto prescriva che la rappresentanza è devoluta ad uno degli amministratori, o al direttore, ma che occorre l'autorizzazione del Consiglio d'Amministrazione, questa autorizzazione si deve intendere come necessaria allo scopo di promuovere la lite, e sostenere la difesa come convenuto, ma non per attribuire all'amministratore o direttore la rappresentanza agli effetti della citazione da intimarsi (26).

88. Non sempre però la società commerciale è rappresentata in giudizio da coloro che la rappresentano nei rapporti giuridici ordinari, o da coloro che dallo statuto od atto costitutivo sono investiti della rappresentanza giudiziale. Oltre alla rappresentanza *generale* (espressa o tacita) può darsi anche una rappresentanza *speciale*, la quale può dipendere o dalla sola volontà dei soci, o dalla particolare natura dell'azione e della parte contraria. Vi è dunque anzitutto rappresentanza speciale quando i soci eleggono un apposito rappresentante della società per un determinato giudizio (v. però rispetto ai terzi, retro, al n. 80). Vi è poi di diritto quando vi sia opposizione d'interesse fra la società e coloro che dovrebbero rappresentarla, o peggio, quando l'azione sia intentata dalla società contro di essi, o da essi contro la società. In tal caso la rappresentanza spetta in primo luogo ai sindaci (cfr. articolo 152, n. 1, cod. di com-

(25) LYON et RENAULT, II, n. 259 e 819; VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et comm.*, I, n. 164; TROPLONG, *Sociétés*, n. 691; Cass. Roma, 21 febbraio 1879, *Legge*, 1879, I, 243; Cass. Torino, 16 dicembre 1883, *Giur. Tor.*, 1884, 161, e *nota*.

(26) App. Genova, 4 febbraio 1884, *Eco di giur. comm.*, 1884, 195. Cfr. retro, n. 80.

mercio) (27): e, se anche i sindaci sono interessati o figurano nel giudizio, e gli statuti o atti costitutivi non dispongono al riguardo, potranno i soci designare caso per caso un rappresentante della società. Ciò avverrà di regola quando la società si fa attrice contro coloro che dovrebbero normalmente rappresentarla. Se invece essa è convenuta, trova luogo la disposizione del n. 3 dell'art. 136 cod. proc. civ.: « Se manchi la persona che deve rappresentare o assistere il convenuto, o la medesima abbia interesse opposto a quello del convenuto, e non vi sia chi la supplisca, il presidente della Corte o del Tribunale, il pretore o il conciliatore davanti a cui è portata la causa, nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto ».

89. Un'applicazione assai interessante di questi principi abbiamo nel caso dell'azione in responsabilità promossa contro gli amministratori di società anonime, su cui convien fermarsi un momento per chiarire alcuni concetti dubbi e tuttavia controversi in dottrina ed in giurisprudenza.

Il carattere giuridico degli amministratori di tali società è senza dubbio — come già dissi — quello di mandatari: mandatari ad un tempo dei soci costituiti in universalità e della persona giuridica società. Mandatari dei soci per ciò che riguarda l'esecuzione del contratto sociale nei rapporti interni: mandatari della società persona giuridica per tutto ciò che riguarda l'esercizio del commercio sociale. La responsabilità a cui essi possono andare incontro è naturalmente duplice; contrattuale rispetto ai loro mandanti per il dolo o la colpa commessi nella esecuzione del mandato; extracontrattuale rispetto ai terzi, per il dolo e la colpa commessi fuori del mandato. La responsabilità degli amministratori per il dolo e la colpa commessi fuori del mandato deriva dalla legge: e quindi anzitutto, dalla regola generale posta dall'art. 1151 cod. civ. e poi, più specificamente, dalle disposizioni dell'art. 147 cod. di comm. Rispetto alla società (persona giuridica) ed ai soci la responsabilità degli amministratori è sempre contrattuale e deriva dal mandato ricevuto. Essi quindi rispondono sia del dolo che della colpa, commessi nella esecuzione del mandato (art. 1746 cod. civ.) (28): coll'avvertenza,

---

(27) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 452.

(28) A torto quindi il MORI, *L'amministrazione, ecc.*, I, n. 125, parla di responsabilità extracontrattuale verso la società, *per abuso di mandato*. Quando — come egli dice — l'atto illecito è commesso fuori della sfera del mandato, non in esecuzione,

quanto alla colpa, che la responsabilità è più o meno rigorosa, secondo che il mandato è, o non, gratuito. Ad ogni modo, l'art. 147 cod. di commercio fa dipendere la colpa e la responsabilità dalla sola inosservanza in genere, dei doveri imposti agli amministratori dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Ciò premesso, la questione, che ha molto affaticato la dottrina e la giurisprudenza, di vedere cioè a chi spetti l'azione contrattuale (*mandati*) di responsabilità, se all'assemblea o ai singoli soci mi sembra debba essere abbastanza chiaramente risolta. Mandanti degli amministratori sono, ad un tempo, la persona giuridica società, ed i soci. Si noti bene però, non i soci *uti singuli*; individualmente, ma i soci costituiti in universalità, in collegio: gli amministratori sono quindi i rappresentanti della collettività dei soci: collettività che per quanto risulti dal complesso dei singoli non è lo stesso che i singoli soci presi isolatamente: essa ha una volontà propria, che è la risultante della volontà dei singoli, ma non è la volontà dei singoli: è invece la volontà della maggioranza obbligatoria anche per la minoranza (art. 163 cod. di comm.). Per quel che riguarda dunque gli amministratori come rappresentanti della collettività dei soci (nei rapporti interni) ben può dirsi che l'azione in responsabilità spetta alla collettività dei soci, cioè all'assemblea generale. Per quel che riguarda poi gli amministratori come mandatari della società persona giuridica, l'azione in responsabilità spetta naturalmente alla persona giuridica. Ma ogni persona giuridica deve avere un *organo deliberativo* che rappresenta la sua *volontà*: ora per la società anonima questo organo deliberativo è l'assemblea generale, alla quale spetta decidere se e come debba essere intentata l'azione in responsabilità. In conclusione, per quel duplice carattere di persona giuridica e di collettività non personificata, che abbiamo riscontrato nella società commerciale, si può dire che nell'assemblea della società anonima risieda tanto la volontà collettiva dei soci, che la volontà dell'ente sociale. Come organo della volontà collettiva dei soci, ad essa spetta decidere sull'azione in responsabilità contro gli amministratori per quella parte del mandato di essi che si riferisce ai rapporti sociali interni: come organo deliberante della persona giuridica società, essa decide sull'esercizio e sul modo di esercizio della stessa azione per quella parte del mandato che si

---

ma in abuso del mandato, la responsabilità relativa resta sempre contrattuale e non diventa per ciò extracontrattuale.

riferisce ai rapporti esterni. Talchè, da qualunque lato si guardi la questione, è nell'assemblea generale, organo integratore ed armonizzatore, che risiede, in definitiva, il diritto di decidere il se ed il come l'azione di responsabilità debba essere intentata. Ad essa, organo della volontà collettiva dei soci, e della volontà della persona giuridica società, che ha conferito il mandato, spetta il chiederne conto agli amministratori. Non è il socio singolo che ha conferito il mandato, ma l'assemblea: sarebbe strano che chi non ha conferito il mandato, potesse poi esercitare le azioni che ne derivano (29).

Quanto alla rappresentanza simultanea delle società (ente) e della collettività dei soci per il giudizio di responsabilità, l'articolo 152 dà una regola generale, devolvendola ai sindaci. Ma se i sindaci risultano incompatibili a tale ufficio, deciderà l'assemblea stessa caso per caso, a chi l'incarico debba affidarsi. In tutti i modi, è alla sola assemblea, e non ai soci singoli che compete il diritto di promuovere l'azione in responsabilità contro gli amministratori (30).

---

(29) Quindi tanto nella teoria che nega la personalità giuridica delle società commerciali, quanto in quella che l'ammette, sia assolutamente, che limitatamente, la conclusione, rispetto alla questione che ci preoccupa, deve essere sempre la stessa.

(30) V. per l'azione collettiva la ben motivata sentenza della Corte d'Appello di Milano 18 giugno 1889, *Foro ital.*, 1889, I, 911 e nota; App. Torino 23 dicembre 1890, *Giur. Tor.*, 1891, 100; Cass. Torino, 31 dicembre 1890, *Foro ital.*, 1891, 1, 256; App. Torino 9 febbraio 1891, *Giur. Tor.*, 1891, 241; App. Torino 20 febbraio 1897, *Giur. Tor.*, 1897, 504. V. anche MARGHIERI nel *Comment.* di Verona, p. 313; OTTOLENGHI, *Il cod. di comm.*, II, p. 534; FRANCHI, *Manuale di dir. comm.*, I, p. 106; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, I, n. 68 e soprattutto VIVANTE, I, n. 549. Per l'azione individuale v. invece: BOLAFFIO, nella *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, X, p. 78; DANIELI nel *Dir. comm.*, 1884, 453; VIDARI nel *Fir. comm.*, 1891, 465; MORI, *L'amministrazione, ecc.*, I, n. 141. Nel senso del testo concordi la dottrina e la giurispr. tedesca, *Entsch.*, XIX, p. 178; RING, *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellsch. und die Aktiengesellsch.*, II, p. 520, 652; HERGENHAHN, *Der Vorstand der Aktiengesellschaft*, Leipzig, 1893, p. 338, il quale nota giustamente che se un dubbio poteva esservi in Germania prima della legge 18 luglio 1884, questo scomparve dopo le disp. degli art. 204, 226, 241 sostituiti da questa legge agli antichi del cod. generale del 1871. La giurispr. francese è invece prevalente in favore dell'azione individuale: v. App. Bourges, 15 aprile 1891, *Journ. du Palais*, 1894, I, 330; Cass. franc., 19 marzo 1894, *Journ. du Palais*, 1896, 1, 261; App. Parigi 6 febbraio 1896, *Journ. du Palais*, 1897; 2, 132. Si noti però che in Francia c'è la disposizione degli art. 17 e 39 della legge 24 luglio 1867, la quale permette agli azionisti rappresentanti almeno il ventesimo del capitale sociale di incaricare uno o più mandatari di sostenere l'azione in responsabilità contro i gerenti e membri del consiglio di sorveglianza. V. tuttavia per l'azione collettiva Cass. francese, 12 agosto 1889, *Journ. du Palais*, 1892, 1, 349. Quando specialmente sia intervenuto un voto dell'assemblea che scarichi l'amministratore da ogni responsabilità, la giurisprudenza francese dichiara inammissibile l'azione individuale: Cass. francese

90. Anche coloro che rappresentano la società fuori della sede centrale, nelle succursali, o altrove, hanno facoltà di stare in giudizio per essa (art. 375 cod. di comm.) per le obbligazioni dipendenti dagli atti intrapresi nell'esercizio del commercio a cui sono preposti. Essi, essendo veri institori (art. 367 cod. di comm.) e la loro facoltà di rappresentare in giudizio derivando da questa qualità (art. 375 cod. comm.) non hanno alcun bisogno, per rappresentare la società in giudizio, di esibire il mandato giacchè questo può essere anche conferito tacitamente (art. 369, 370 cod. di comm.: v. in seguito, n. 91).

S'intende che tale facoltà, appunto perchè facoltà, non esclude che invece per le stesse azioni possa stare in giudizio il rappresentante generale della società. Quindi i terzi potranno convenire in giudizio, invece del rappresentante preposto allo stabilimento secondario o alla succursale, il rappresentante generale della società, e alla sua volta il rappresentante generale può stare in giudizio contro i terzi per le stesse azioni.

Che la rappresentanza di cui all'art. 375 non tolga la rappresentanza generale della società risiedente nel direttore o negli amministratori, è certo. Dubbio è invece se una espressa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto possa derogare all'articolo 375 cod. di comm. stabilendo che la rappresentanza di essa in giudizio risieda nel solo direttore generale, o, in genere, in certe persone determinate soltanto. Intanto certo è che la disposizione dell'art. 375, il quale concede all'institore di promuovere azioni ed essere convenuto in giudizio per le obbligazioni dipendenti dall'esercizio del commercio a cui è preposto, non è una disposizione d'ordine pubblico. Essa infatti fu stabilita al solo scopo di facilitare la risoluzione delle controversie dipendenti da affari conclusi dal rappresentante generale molte volte in luoghi lontanissimi dalla residenza del suo preponente (31). E neppure può dirsi che tale regola sia una pura conseguenza del mandato, perchè noi possiamo benissimo immaginare un mandatario anche generale senza facoltà di rappresentare in giudizio il mandante. Non si tratta, in questo caso, che di una agevolazione di più concessa dalla legge per favorire il traffico mercantile,

---

9 luglio 1888, *Sirey*, 1889, I, 361; App. Lione, 28 gennaio 1890 *Journ. du Palais*, 1893, 2, 52.

(31) Pagani nel *Commento* di Castagnola e Gianzana sull'art. 375 n. 71, p. 387; Parodi, *Lezioni di dir. commerciale*, Genova, 1857, I, p. 96-97.

e non già dunque, di un *naturale negotii*. Posto ora il principio vigente nel nostro diritto, che il mandato pubblico dell'institore può essere limitato, sempre che la limitazione non sia contraria all'indole del mandato o all'ordine pubblico (32), ne deriva che una limitazione per la quale all'institore venga sottratta la capacità di rappresentare in giudizio il mandante, è perfettamente lecita (33).

91. Questo il principio. La cui applicazione però alle società commerciali presenta qualche difficoltà. Infatti l'art. 92 cod. di comm. stabilisce che se la società istituisce una o più rappresentanze fuori della giurisdizione del tribunale ove si trova la sua sede, o quella degli altri stabilimenti sociali, il mandato conferito al rappresentante deve essere depositato, trascritto ed affisso presso il tribunale di commercio nella cui giurisdizione è istituita la rappresentanza. Il che vuol dire, in altri termini, che l'estensione e i limiti del mandato conferito al rappresentante di una società devono essere fatti sempre conoscere in quei modi speciali di cui all'art. 92 cod. di comm. (34), non basta quindi che lo statuto sociale, o l'atto costitutivo abbiano escluso i rappresentanti dalla facoltà di stare in giudizio per la società: è necessario inoltre che tale esclusione risulti espressamente dal mandato.

Alla questione posta quindi mi pare sia da rispondere negativamente, ma non già nel senso che la società non può concentrare nel solo direttore o in altra persona la sua rappresentanza giudiziale, bensì nel senso che tale deroga all'art. 375 deve risultare da una dichiarazione espressa del mandato e non già dal solo statuto o atto costitutivo. Nè con questa soluzione si disconoscono i diritti dei terzi, i quali hanno contrattato col rappresentante, e che fidavano nel disposto della legge per poter convenire il medesimo in caso che sorgessero controversie circa i rapporti giuridici con esso

---

(32) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 230 e 233.

(33) Il PERRONE, *La garentia dei terzi in materia commerciale*, Napoli, 1896, p. 388 a torto ritiene la disposizione dell'art. 375 una *garentia pei terzi*, mentre essa è diretta ad agevolare, tanto per la società che pei terzi, la risoluzione delle controversie dipendenti da certi rapporti contrattuali.

(34) Ciò non è punto in contraddizione con quanto abbiamo detto più sopra (n. 90) che il mandato dell'institore di una società commerciale può essere anche conferito tacitamente. In questo mandato si devono distinguere due elementi: il fatto del conferimento, che può essere anche tacito (art. 369, 370 cod. di comm.) e il contenuto del mandato che deve essere sempre espressamente manifestato (art. 92 cod. di comm.).

costituiti. I terzi infatti, mediante la trascrizione ed affissione del mandato (art. 92) erano stati avvertiti delle limitazioni appostevi, e non se ne possono per conseguenza lagnare (35).

92. Particolare importanza presenta lo studio della rappresentanza giudiziale delle società ferroviarie. In forza della legge 27 aprile 1885, di regola tale rappresentanza spetta al direttore generale.

93. Una rappresentanza eccezionale è però attribuita limitatamente alle azioni derivanti dal contratto di trasporto, all'agente ferroviario preposto alla stazione di partenza o di arrivo (art. 872 cod. di comm.). Dico una rappresentanza eccezionale perchè il capo stazione non può, a rigore, dirsi un institore che, a termini dell'art. 375 abbia facoltà di promuovere azioni ed essere convenuto in giudizio in nome del preponente, per le obbligazioni dipendenti dagli atti da lui intrapresi nell'esercizio del commercio al quale è preposto. Il capo stazione non è infatti preposto al commercio della società: egli ha funzioni assai più limitate: ed è più tosto un semplice impiegato che un vero institore. Egli non può far altro che vendere i biglietti consegnatigli dalla amministrazione per il prezzo da questa stabilito, e assumere il trasporto delle merci alle condizioni prescritte dalla amministrazione: neppure si può dire che il trasporto sia da lui o sotto la sua sorveglianza e responsabilità eseguito: da lui non dipende che il principio della esecuzione del contratto (36).

Ciò posto, è solo per una ragione di opportunità che la legge ha attribuito al capo stazione questa rappresentanza della società. Ecco in quali termini il capoverso dell'art. 872 stabilisce questa rappresentanza: « Le azioni derivanti dal contratto di trasporto possono proporsi dinanzi all'autorità giudiziaria del luogo in cui risiede un rappresentante del vettore, e, se si tratti di strade ferrate, dinanzi all'autorità giudiziaria del luogo dove trovasi la stazione di partenza o quella di arrivo. A tale effetto le disposizioni dell'art. 872 si applicano all'agente ferroviario preposto alla stazione ».

94. La espressione non molto chiara di questo articolo può lasciar adito a qualche dubbio. Nella prima parte infatti del capo-

---

(35) L'App. Bologna 29 aprile 1889, *Foro ital.*, 1889, I, 817 ritenne che la deroga all'art. 375 potesse essere fatta validamente nello statuto o atto costitutivo soltanto.

(36) Gasca, *Il codice ferroviario*, Milano, 1890, II, p. 954.

verso è stabilita, per le azioni derivanti dal contratto di trasporto, la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo ove il vettore ha un rappresentante. Per le azioni derivanti dal contratto di trasporto per ferrovia è competente il tribunale della stazione di partenza e di quella di arrivo. La seconda parte del capoverso equipara i capi delle stazioni, agli effetti della rappresentanza in giudizio, agli institori, di cui all'art. 375. Ora si potrebbe dubitare che il solo fatto di essere capo della stazione di partenza o di arrivo basti ad attribuire la rappresentanza giudiziale di tutte le società che sono intervenute nel trasporto, e che quindi il capo della stazione di arrivo, benchè dipendente da altre società, possa essere legalmente convenuto ed agire in giudizio (art. 375) anche in nome della società che ha concluso il contratto di trasporto alla stazione di partenza: e viceversa, che il capo della stazione di partenza possa essere citato in nome della società da cui dipende la stazione di arrivo.

Ma questo — come sostiene anche il GASCA — non ha voluto il legislatore. Debbo però notare come non sia da accogliersi la interpretazione che il citato scrittore vorrebbe dare all'art. 872, per confortare la sua opinione. Per il GASCA il legislatore, dopo aver detto che l'azione, se si tratta di strade ferrate, può proporsi dinanzi all'autorità giudiziaria del luogo dove trovasi la stazione di partenza o quella di arrivo, ha voluto, nella 2ª parte del capoverso dell'art. 872, dare la spiegazione, la giustificazione di questa regola: « *a questo effetto* le disposizioni dell'art. 375 si applicano all'agente ferroviario preposto alla stazione ». La frase *a questo effetto* per il GASCA si riferisce al modo con cui il legislatore ha ottenuto lo scopo di stabilire la competenza del tribunale della stazione di partenza e di arrivo; il mezzo adottato sarebbe stato quello di considerare il capostazione come un institore della società. Questo dimostra — per il GASCA — che il capo-stazione deve essere dipendente dalla Compagnia stessa (37).

Pur concordando — come già dissi — nelle conclusioni col GASCA, non posso aderire senz'altro alle ragioni a cui egli s'appoggia per giungervi. Noto anzitutto che la conclusione del GASCA non risponde rigorosamente alle premesse. Non trattandosi infatti che di una finzione di legge per cui il capo-stazione sarebbe ritenuto institore al solo scopo di radicare la competenza, non si vede perchè esso dovrebbe essere un dipendente della Compagnia. La verità è invece che il legislatore nella seconda parte del capoverso ha voluto soltanto

---

(37) GASCA, *Il codice ferroviario*, II, p. 951.

stabilire le conseguenze, rispetto alla *rappresentanza in giudizio*, della competenza speciale stabilita nella prima parte: a questo effetto le disposizioni dell'art. 375 si applicano all'agente ferroviario preposto alla stazione. Vale a dire che l'agente ferroviario preposto alla stazione può al pari dell'institore, promuovere azioni ed essere convenuto in giudizio in nome del preponente. Ora chi può essere il preponente? La società da cui il capo-stazione dipende, evidentemente; giacchè la legge dice: l'agente ferroviario *preposto* alla stazione. Egli certo non può essere preposto che dalle società di cui è un impiegato.

95. Oltre al direttore generale (per tutte le azioni giudiziarie sia attive che passive della società) ed ai capi delle stazioni di partenza e di arrivo (per le sole azioni derivanti dal contratto di trasporto), conformemente a quanto dicemmo più sopra (n. 90) per le società tutte in genere, ogni altra persona la quale abbia veste giuridica di institore della società ferroviaria, è investita della rappresentanza giudiziale della medesima, limitatamente alle obbligazioni derivanti dal commercio a cui è preposta. Il decidere quando questa qualità di institore concorra, è questione di mero fatto, e dipende dal vedere quali sono, caso per caso, i poteri conferiti al rappresentante (38). Come regola generale però può dirsi che i funzionari dipendenti dalle società, a cui sono affidate funzioni tecniche, in modo che il rapporto giuridico intercedente tra essi e la società risulti più una locazione d'opera che un mandato, non si possono dire facoltizzati a rappresentare in giudizio la società (39).

§ 2. *Le società in liquidazione.*

Sommario: 96. Rappresentanza delle società commerciali durante la liquidazione. — 97. Quando incominci la rappresentanza dei liquidatori. — 98. Periodo intermedio tra lo scioglimento e la regolare costituzione dell'ufficio dei liquidatori. — 99. Conseguenze della rappresentanza dei liquidatori rispetto agli antichi

---

(38) Cfr. Casilli, nell'*Ann. critico di giurispr. pratica*, 1896, II, 110. È irrilevante quindi che l'impiegato della società sia anche gerarchicamente di grado superiore a quello di capo stazione, come ad es.: un direttore di trasporti, un ispettore, ecc. Questi non potranno rappresentare in giudizio la società: App. Bologna 29 dicembre 1885, *Dir. comm.*, 1885, 306.

(39) Così l'ingegnere capo di reparto incaricato della direzione di determinati lavori: Cass. Napoli, 27 gennaio 1893, *Foro ital.*, 1894, I, 80; e neppure il direttore di un ufficio di costruzioni: Cass. Roma, 4 maggio 1894, *Foro ital.*, 1894, 1, 656.

amministratori. — 100. Caso di più liquidatori. — 101. Effetti del fallimento di uno o più soci sulla rappresentanza dei liquidatori. — 102. Nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice e nelle società in accomandita per azioni ed anonime. — 103. Rappresentanza della società nel giudizio in cui s'impugna la messa in liquidazione della società. — 104. La rappresentanza in giudizio *speciale* durante la liquidazione. Una decisione della Corte d'Appello di Roma. — 105. Soluzione della questione. — 106. Critica della sentenza. — 107. La rappresentanza degli agenti della società nelle singole sedi o succursali non cessa per la messa in liquidazione, e non cessa neppure il mandato alle liti conferito prima di essa.

96. Nelle società in liquidazione la rappresentanza in giudizio spetta naturalmente ai liquidatori (art. 198 cod. di comm.). La società in liquidazione continuando ad esistere come persona giuridica (v. pag. 78, n. 51, nota 33), la posizione dei liquidatori è identica a quella degli amministratori: essi rappresentano nei rapporti coi terzi l'ente società: nei rapporti sociali la collettività dei soci: sono quindi, come gli amministratori, mandatari dell'uno e dell'altra (art. 205 cod. di comm.).

97. La rappresentanza dei liquidatori non incomincia se non dopo la pubblicazione dell'atto di liquidazione (art. 198 cod. di comm.). Nel caso però di scioglimento anticipato, è necessario, rispetto ai terzi (1) che passi un mese dall'atto di scioglimento (art. 103 cod. di comm.). Fino a che non sia pubblicato l'atto di liquidazione, nel primo caso, fino a che non sia trascorso il termine di un mese, nel secondo, rispetto ai terzi figurano ancora come rappresentanti della società, gli amministratori antichi. Questi però possono chiedere di essere messi fuori causa, e i liquidatori possono intervenirvi. Gli amministratori devono avvertire i liquidatori delle azioni esercitate in loro confronto contro la società (2).

98. Nel periodo intermedio tra lo scioglimento della società e la regolare costituzione dell'ufficio dei liquidatori, chi rappresenta la società in giudizio?

Se la società è convenuta, non v'ha dubbio che gli amministratori devono stare in giudizio per la società. E che non vi sia dub-

---

(1) Qui il concetto di terzo si deve intendere *stricto sensu*, trattandosi di una regola dipendente direttamente dalla conoscenza *personale* che altri può avere degli atti interni della società (v. n. 54).

(2) SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze, 1891, n. 51.

bio mi pare risulti chiaramente dalle disposizioni dell'art. 197 § 3 cod. di comm. in cui è stabilito: « Finchè la nomina non sia stata fatta ed accettata, gli amministratori sono depositari dei beni sociali e devono provvedere agli affari urgenti ». Ora il difendersi in giudizio è evidentemente un affare urgente, la cui procrastinazione può recare incalcolabili danni alla società. Per coloro poi che non conoscono il fatto della liquidazione, per essere estranei completamente alla società (terzi in senso stretto), c'è una ragione anche più forte per decidere nel senso più su accennato. Anche se la nomina dei liquidatori sia stata fatta ed accettata, essi non hanno alcun dovere di essere informati della esistenza dello stato di liquidazione finchè non sia stato pubblicato l'atto di nomina dei liquidatori (art. 197 § 3).

Invece, qualora si tratti di azioni che la società deve intentare, o di atti giudiziali da proseguire, la rappresentanza degli amministratori è limitata dagli art. 197 § 3 ai soli affari urgenti (4). Ma se, malgrado questo divieto, essi intenteranno azioni o faranno atti giudiziari ciò non porterà affatto come conseguenza la nullità degli atti fatti a loro nome, ma solo la responsabilità illimitata e solidaria degli amministratori verso la società (5).

99. Posto il principio, che la società in liquidazione continua ad esistere come persona giuridica, ma solo con scopo trasformato e con rappresentanza mutata, ne segue di conseguenza che la rappresentanza esclusiva della società spetta ai liquidatori e questi non possono agire contro gli antichi amministratori *come rappresentanti della società*. Giustamente quindi decise la Corte d'Appello di Parigi che i liquidatori non possono citare in giudizio gli antichi amministratori di essa, affinchè questi sentano, come tali, dichiarare nulla una deliberazione presa dall'assemblea prima della liquidazione (6). Per la stessa ragione, nel periodo della liquidazione, le azioni in responsabilità contro gli antichi amministratori, devono

---

(3) VIVANTE, *Trattato*, II, n. 705.

(4) Gli amministratori potranno interporre appello: Cass. Firenze, 27 aprile 1885, *Dir. comm.*, 1885, 536.

(5) VIVANTE, II, n. 705. Cfr. anche TARTUFARI, *Della rappresentanza*, n. 362; SRAFFA, *La liquidazione delle soc. comm.*, n. 44.

(6) App. Parigi 23 dicembre 1888, *Revue des sociétés*, 1889, 189, citato da SRAFFA, n. 57.

essere esercitate dai liquidatori, nelle cui mani è concentrata, la rappresentanza della società (7).

100. Quando i liquidatori siano più, può sorgere questione sul modo con cui debba provvedersi alla rappresentanza giudiziale della società. In tal caso sono da distinguere quattro ipotesi principali:

a) Sono stati nominati più liquidatori senza alcuna designazione di funzioni o del modo con cui devono agire. L'art. 205 del cod. di comm. stabilendo che i liquidatori sono sottoposti alle regole del mandato, rinvia alla disposizione dell'art. 364, per il quale, se più mandatari sono designati nello stesso atto e non è dichiarato che debbano operare congiuntamente, essi si reputano incaricati di operare l'uno in mancanza dell'altro secondo l'ordine nel quale il loro nome è indicato nell'atto di nomina. Questa disposizione di legge che fu detta arbitaria e lesiva della intenzione del mandante, a me sembra assai opportuna in materia di società commerciali in liquidazione, specie per ciò che riguarda la rappresentanza in giudizio. Coloro che vogliono infatti, convenire in giudizio la società in liquidazione, nell'assoluto silenzio dell'atto costitutivo o dello statuto e dell'atto di nomina dei liquidatori, hanno diritto di sapere in nome di chi debbono intentare le azioni giudiziarie contro di essa. E, in forza del disposto combinato degli art. 205 e 364 cod. di comm., essi lo potranno assai facilmente, consultando l'atto di nomina: si rivolgeranno quindi anzitutto al primo nominato: in mancanza al secondo, e via di seguito (8).

b) Sono stati nominati più liquidatori con mandato collettivo. La rappresentanza in giudizio allora risiede non nei singoli liquidatori, ma nel collegio, il quale, nelle sue determinazioni, delibera a maggioranza. Se questo non può essere completato per mancanza di accettazione da parte di alcuno dei nominati, la rappresentanza risiederà nel restante dei liquidatori, purchè costituiscano la maggioranza (art. 364 § 2 cod. di comm.). Egualmente se per morte, fallimento, rinuncia, revoca, viene a mancare alcuno dei liquidatori

---

(7) Conformi Cass. francese 29 luglio e 12 agosto 1889, *Revue des sociétés*, p. 500 e 568; SRAFFA, n. 57; VIVANTE, I, n. 551.

(8) La dottrina francese invece, in caso di silenzio dello statuto o dell'atto costitutivo, e dell'atto di nomina, reputa che i liquidatori non possono agire che congiuntamente. V. LYON CAEN et RENAULT, II, n. 394. Conforme al testo VIVANTE, II, 1, n. 701.

dopo la nomina, credo che la rappresentanza continui a risiedere nel resto dei liquidatori. Il caso è perfettamente analogo al precedente, e come il precedente, mi pare debba essere compreso nella ipotesi del § 2 dell'art. 364: « Se è dichiarato che i mandatari debbano operare congiuntamente, e il mandato non viene accettato da tutti, quelli che accettano si reputano autorizzati ad eseguirlo, qualora costituiscano la maggioranza dei nominati ».

c) Sono stati nominati più liquidatori con facoltà di fare ciascuno separatamente tutti gli atti della liquidazione. Ognuno separatamente potrà rappresentare la società, attrice o convenuta.

d) Sono stati nominati più liquidatori con funzioni distinte. È il caso dei *magistri divisis officiis* del diritto romano (l. 1 § 13 *de exerc. act.* Dig. XIV, 1). In questo caso ognuno rappresenterà in giudizio la società per ciò che riguarda le operazioni della liquidazione a lui affidate (arg. art. 375 cod. comm.).

101. Dicemmo che il carattere giuridico dei liquidatori è quello di mandatari: mandatari ad un tempo dell'ente società e della collettività dei soci. Ciò posto, potrebbe domandarsi se, in caso di fallimento di uno o più soci, debba venir meno il mandato dei liquidatori. La questione si è di recente presentata alla Cassazione di Torino, la quale con sentenza 9 novembre 1896 (9) decise che il fallimento di uno dei soci della società in liquidazione non produce la cessazione da parte del liquidatore della rappresentanza della società. Ecco come ragiona la Corte: « Infatti il liquidatore non è un mandatario della società e tanto meno dei soci. Egli è più che un semplice mandatario, perchè secondo la economia del nostro codice, in lui si trasfondono l'esercizio dei diritti tutti degli associati come formanti l'ente collettivo disciolto, non che i poteri degli amministratori. Perciò l'art. 205 cod. di comm. deve essere inteso con una prudente discrezione, e le regole del mandato gli si devono applicare *congrua congruis referendo* ».

Il ragionamento della Suprema Corte torinese non mi pare possa essere approvato: dire infatti che il liquidatore non è un mandatario della società e tanto meno dei soci non è punto esatto: bensì il contrario è vero: egli è un mandatario tanto della società che dei soci. Sarà un mandatario *sui generis*, con poteri molto estesi, ma il rapporto giuridico che lo lega alle società ed ai soci è indubbiamente quello

---

(9) *Foro ital.*, 1896, I, 709.

del mandato. E il dover poi le regole generali del mandato essere applicate ed adattate a questo tipo specialissimo di mandato non vuol dire che esse debbano invece essere del tutto messe da parte.

Ad altri principi bisogna dunque ricorrere per risolvere la questione. Considerando la società come sola persona giuridica, il dubbio sarebbe presto dissipato. Il fallimento di un socio non produce in alcun caso il fallimento della società: dunque, non c'è ragione che esso debba produrre la revoca dei mandati conferiti dalla società. Ma non si deve dimenticare che nella società ci sono alcuni rapporti (quelli sociali) per cui non si può ricorrere al concetto di personalità, e per i quali i rappresentanti della società sono effettivamente i rappresentanti dei soci (10). Per questi il dubbio è possibile, e sarebbe grave addirittura nella teoria che nega assolutamente alle società commerciali il carattere di persona giuridica.

Per risolvere la questione conviene premettere una osservazione circa la revoca del mandato per fallimento del mandante. Quale è la ragione per cui lo stato di fallimento del mandante produce di pieno diritto l'estinzione del mandato (art. 1756 cod. civ.)? È presto detto: nel mandato il mandante non fa altro che porre il mandatario in sua vece dichiarando che intenderà fatto da sè stesso tutto quello che sarà fatto dal mandatario. E questa rappresentanza dura finchè dura nel mandante la volontà di essere rappresentato e la capacità a voler essere rappresentato. Ma, diventato esso incapace per fallimento, il mandato si deve naturalmente estinguere *ipso jure*.

102. Ciò premesso, è necessario distinguere tra liquidatori di società in nome collettivo e in accomandita semplice e liquidatori di società in accomandita per azioni ed anonime. Riguardo alle prime la legge richiede per la nomina il voto unanime dei soci (art. 197 cod. di comm.). Qui la volontà collettiva dei soci, e dell'ente giuridico, società che conferì il mandato e dalla cui permanenza esso dipende per espressa disposizione di legge, deve consistere nel consenso unanime dei soci e non è altro che la somma delle volontà dei singoli. Per conseguenza, il fallimento anche di un solo socio produrrà l'estinzione del mandato. Riguardo alle seconde invece basta il voto della maggioranza dei soci rappresentanti almeno la

---

(10) Da questa categoria sono esclusi gli institori, preposti alle sedi secondarie, il mandato dei quali non si riferisce mai a rapporti sociali ma solo all'esercizio del commercio, alla parte esterna della vita sociale.

metà del capitale sociale (art. 210 cap. cod. di comm.). Qui la volontà collettiva e quella della persona giuridica società si esplicano colla volontà della sola maggioranza rappresentante almeno la metà del capitale sociale. Finchè dunque la maggioranza dei soci, o, almeno, un numero di soci tale che rappresenti la metà del capitale sociale, cada in fallimento, in modo che i soci restanti siano la minoranza o rappresentino meno della metà del capitale (caso rarissimo, per non dire impossibile a verificarsi in pratica), il mandato dei liquidatori non si estingue.

La ragione del decidere sta qui, come si vede, nel diverso modo con cui deve essere organizzata quella che è ad un tempo volontà collettiva dei soci e volontà dell'ente giuridico società. Siccome da essa dipende il conferimento ed il mantenimento del mandato, diventando difettosa agli scopi del mandato tale organizzazione, deve venir meno il mandato medesimo.

103. Si potrebbe dubitare se, nel giudizio in cui s'impugna la deliberazione con cui la società fu messa in liquidazione, abbiano a rappresentare la società gli amministratori cessati, oppure i liquidatori. Ma è chiaro che solo ai liquidatori deve essere devoluta la rappresentanza. Non si può infatti opporre che sarebbe una petizione di principio il ritenere la rappresentanza legale della società nelle persone di coloro che traggono i loro poteri dall'atto che si vuole disconoscere. Ed invero: il ragionamento si potrebbe ritorcere, dicendo che neppure si può ammettere che la rappresentanza abbia a risiedere negli amministratori, una volta che è controverso se i loro poteri siano o no cessati. Il fatto è che fino a quando la deliberazione non venga annullata, essa costituisce lo stato di diritto, da cui si deve prender norma per stabilire quali siano le persone contro cui si deve agire in rappresentanza della società che si vuol chiamare in giudizio. Del resto formale nel senso citato mi sembra il disposto dell'art. 163 comma 2. «Alle deliberazioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto o alla legge, può essere fatta opposizione da ogni socio, e il presidente del tribunale di commercio, sentiti gli amministratori ed i sindaci, può sospenderne l'esecuzione mediante provvedimento da notificarsi agli amministratori». Il che implica di regola, che le deliberazioni sono immediatamente esecutive, malgrado l'opposizione dei soci. Infatti, perchè la esecuzione venga sospesa, è necessario: *a*) che essa sia manifestamente contraria all'atto costitutivo o allo statuto o alla legge; *v*) che siano

sentiti gli amministratori ed i sindaci. Concorrendo queste condizioni, il presidente del tribunale *può* ordinare la sospensione della deliberazione. Ma se queste condizioni non concorrono, o se, anche concorrendo, il presidente non crede opportuno emanare il provvedimento sospensivo, la deliberazione ha effetto immediato (11).

104. I liquidatori hanno esclusivamente la rappresentanza in giudizio della società, oppure i soci possono nominare, per determinati rapporti e giudizi, persone specialmente delegate, ad esclusione dei liquidatori, a rappresentare in giudizio la società?

La questione si è, di recente, presentata alla Corte d'appello di Roma, la quale la decise nel senso che i soci possono nominare speciali loro rappresentanti in giudizio, all'infuori dei liquidatori. « Durante lo stato di liquidazione di una società commerciale — dice la Corte — la rappresentanza sociale, per le operazioni della liquidazione, è demandata ai liquidatori. Per tutto il resto però, sopravvivendo l'ente come forma unificatrice dei singoli, la rappresentanza giuridica della società risiede nell'assemblea generale, che è la società stessa organicamente costituita ed agente. Quindi l'assemblea degli azionisti, avente la rappresentanza giuridica delle società, può legittimamente conferire ad una speciale commissione il mandato di rappresentarla dinanzi ai tribunali e cosí rappresentare i soci azionisti *uti socii*.

« Siffatta commissione ha legittima veste per stare in giudizio onde difendere i diritti della società in liquidazione, cioè dell'ente collettivo, e con essa i diritti degli azionisti *uti socii*. Infatti, ai sensi della legge, e giusta gli insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza, lo scioglimento delle società commerciali non può considerarsi come termine della vita sociale. Lo stato di liquidazione fa venir meno i fini pei quali si erano associati, preclude loro la intrapresa di nuove operazioni di commercio, ma non scioglie il rapporto sociale, perchè la liquidazione è una modificazione dell'esistenza della società, non l'annichilimento della medesima. Allora soltanto che lo stato di liquidazione sia esaurito, le società cessano di esistere. Durante questo stato, per le operazioni della liquidazione, la rappresentanza sociale è demandata ai liquidatori. Per tutto il resto, la rappresentanza risiede nell'assemblea generale (12) ».

---

(11) Conforme al testo, App. Roma, 18 aprile 1896, *Temi Romana*, 1986, 328.
(12) App. Roma, 8 giugno 1895, *Legge*, 1895, 2, 140.

105. Vedemmo che, durante il periodo normale di vita delle società, questa rappresentanza speciale è possibile (v. retro numero 88). La *ratio dubitandi* dunque in tema di società in liquidazione non può derivare che dall'art. 193, codice di comm., il quale dice: « Pubblicato l'atto legale di liquidazione, nessuna azione in favore della società o contro di essa può essere esercitata, se non in nome dei liquidatori e contro di essi ». Si noti però che questa disposizione deve essere posta in correlazione con altre disposizioni. L'art. 203 infatti, stabilendo i poteri dei liquidatori ed includendovi la facoltà di stare in giudizio ed essere convenuto nell'interesse della liquidazione in ogni istanza civile o penale, vi appone la condizione: « *salve le maggiori o minori facoltà ricevute dai soci* ».

Da questo articolo risulta che si può benissimo concepire come, mentre ad alcune persone siano affidate le operazioni della liquidazione in senso stretto, la facoltà di rappresentare in giudizio la società sia devoluta ad altri. Per conseguenza, alla questione posta si deve rispondere nel senso che la facoltà di rappresentare in giudizio la società può essere affidata benissimo, sia in tutto che in parte, ad altre persone diverse da quelle incaricate delle vere e proprie operazioni di stralcio. Ma ben si comprende (ed è in questo modo che si coordina la disposizione dell'articolo 203 con quella dell'art. 193) come anche queste persone non siano che liquidatori: con incarichi speciali e determinati, ma liquidatori. Liquidatore è infatti la persona incaricata di procedere alle operazioni della liquidazione, le quali comprendono di necessità anche la facoltà di agire in giudizio, ed esservi convenuti. Senza di questa facoltà anzi — dice bene il SRAFFA — le altre sarebbero *tamquam non essent* (13).

La nomina di queste persone più specialmente incaricate della rappresentanza in giudizio può essere fatta sia nello statuto o atto costitutivo, o nell'atto di nomina dei liquidatori, sia anche con atto posteriore. In tal caso però questo atto deve essere pubblicato secondo il disposto dell'art. 197 § 4 cod. di comm.

106. La Corte di Roma adunque, pur venendo a conclusioni esatte (14), è caduta in un grave errore, nella motivazione. Questo

---

(13) SRAFFA, *La liquidazione*, n. 49.

(14) Se il principio della Corte di Roma è esatto in linea generale, nella fattispecie non mi pare che avrebbe dovuto trovare applicazione. Si trattava infatti del diritto degli azionisti della Banca Romana di essere pagati della somma di lire 450

errore dipende dalla confusione che essa fa riguardo alla condizione della società in liquidazione. È vero infatti che essa ammette che l'ente società sopravviva allo scioglimento e duri per tutto il periodo della liquidazione, ma poi viene a parlare dell'assemblea generale rappresentante generale della società, in contrapposto ai liquidatori, rappresentanti della società per ciò che riguarda la liquidazione: « Durante questo stato, per le operazioni della liquidazione, la rappresentanza sociale è demandata ai liquidatori. Per tutto il resto, la rappresentanza risiede nell'assemblea generale ». Concetto questo manifestamente erroneo, perchè la società in liquidazione non esiste — come già vedemmo — che allo scopo della liquidazione, e quindi, tolte le operazioni della liquidazione demandate ai liquidatori, non saprei quali altre operazioni potrebbero restare, per le quali si darebbe questa ipotetica rappresentanza dell'assemblea generale.

107. Gli agenti della società che la rappresentano nelle singole sedi secondarie o succursali continuano nella facoltà di rappresentare in giudizio anche dopo lo scioglimento e l'incominciamento della liquidazione? Senza dubbio. È vero infatti che, a termini dell'art. 1757, cod. civ. il mandato si estingue per la morte del mandante, a cui si può equiparare la fine delle società commerciali, ma, dato che la società per la messa in liquidazione non finisce, ma muta solo lo scopo, ne deriva logicamente che i rapporti giuridici anteriormente costituiti, e quindi anche i mandati, debbono rimanere tuttavia in vigore (15).

Egualmente deve dirsi che la sopravvenienza dello stato di liquidazione non estingue il mandato alle liti già conferito dalla società. La società in liquidazione continuando ad esistere come persona giuridica, non è il caso di parlare neppur qui di estinzione del mandato per morte del mandante (cfr. art. 1757 cod. civ.) (16).

---

promessa dalle banche che poi si fusero formando la Banca d'Italia: questo diritto veniva esercitato per mezzo di rappresentanti dall'assemblea degli azionisti. Era questo un diritto degli azionisti *uti singuli*, e non già della società: la commissione delegata a rappresentarli non si poteva, come ha fatto la Corte, dire rappresentante della persona giuridica società: v. RIDOLFI, nella *Legge*, 1895, 2, 149 ss.

(15) App. Venezia, 31 marzo 1881, *Temi Veneta*, 1881, 189; Trib. Geonva, 30 marzo 1895, *Legge*, 1895, II, 91.

(16) V. nel senso del testo, App. Venezia, 31 marzo 1881, *Temi Veneta*, 1881, 189 (già citata) e la bella nota del BUSATTI, *Foro ital.*, 1892, I, 973, (v. specialmente col. 975); VIVANTE, *Trattato*, II, 1, n. 710. Contro, Cass. Napoli 27 luglio 1891, e 13 maggio 1892, *Foro ital.*, 1892, 1, 973 e 977.

Piuttosto tanto nel caso degli institori che in quello dei mandatari alle liti potrebbe dubitarsi se il mandato debba dirsi estinto per cambiamento di stato del mandante. Che la società, cadendo in liquidazione, cambi stato, è indubitabile: basterebbe per convincersene, riflettere al profondo mutamento di scopo che essa subisce. Ma non ogni mutamento di stato estingue di per sè solo il mandato; lo estingue certamente quel mutamento in seguito al quale il mandante diventa incapace a fare quel determinato atto che forma oggetto del mandato. Se invece la capacità del mandante a compiere tale atto o tale serie di atti persiste, non v'è alcuna ragione per ritenere che il mandato debba venir meno. Ora il mutamento di stato che la società subisce colla messa in liquidazione, se toglie la capacità di fare nuove operazioni, non toglie certamente la capacità a continuare quelle incominciate, ed a stare in giudizio per queste. Per quel che rigurda dunque le operazioni già incominciate, il mandato degli institori non si estinguerà: e non si estinguerà neppure il mandato che ha per oggetto la rappresentanza speciale in giudizio relativamente a quelle operazioni (17).

§ 3. — *Le società irregolari*

Sommario: 108. Rappresentanza in giudizio delle società irregolari. Principi generali. — 109. La rappresentanza rispetto a coloro che non intervennero (terzi *stricto sensu*) e rispetto a coloro che intervennero nel contratto sociale. — 110. Rappresentanza in giudizio delle società irregolari in liquidazione.

108. Speciale interesse presenta, per quel che rigurda la rappresentanza in giudizio, la posizione delle società irregolari. Quando è che una società deve ritenersi irregolare, dicemmo, e dicemmo pure che in tal caso, benchè non esista, nè rispetto ai terzi, e tanto meno rispetto ai soci, l'ente società, la persona giuridica società, esiste invece il contratto di società.

Non esistendo l'ente società, in compenso della mancata azione contro la società (ente), col relativo diritto esclusivo sul suo patrimonio, la legge ha accordato ai creditori sociali una azione verso coloro, soci, promotori, amministratori, che hanno operato in nome

---

(17) Per la rappresentanza in giudizio delle società irregolari in liquidazione, v. in seguito (n. 110).

della società (art. 98 cod. di comm.). Ma, poichè esiste un contratto sociale, in forza del quale la rappresentanza è devoluta a queste persone, esse si devono ritenere avere operato in nome di tutti i soci. A seconda poi che si tratta di società in nome collettivo, o in accomandita, o anonima, e di soci illimitatamente o limitatamente responsabili, i creditori sociali potranno pretendere, illimitatamente o limitatamente alla quota conferita o promessa, il soddisfacimento del loro credito. E poichè il contratto sociale esiste, a prescindere dalle formalità di cui agli articoli 87 e seguenti, è naturale che — come dice l'art. 99 — i soci non possano opporre ai terzi la mancanza di queste formalitá.

Nelle società irregolari adunque si può dire che coloro i quali dallo statuto o atto costitutivo, benchè irregolare o non pubblicato, o per accordi in altro modo espressi dai soci, o anche tacitamente furono delegati a rappresentare la società (complesso dei soci) vincolano i soci mandanti, e li rappresentano in giudizio per modo, che la sentenza contro essi ottenuta si può eseguire contro i soci, in quella misura, che la responsabilità da essi assunta nel contratto sociale comporta.

109. È questa la teoria esposta recentemente in modo chiaro e brillante dal dottissimo Bonelli, e che a me pare sia da accogliere pienamente. Invece credo sia da accogliere con molte riserve la affermazione sua che, a cagione della speciale importanza della rappresentanza sociale nelle società irregolari, *si può dire che tutte o quasi tutte le norme procedurali che valgono per le società regolari, restano applicabili alle società irregolari* (1). Per la rappresentanza in giudizio infatti di fronte a coloro che sono del tutto estranei al contratto sociale (terzi *stricto sensu*) mi pare che la posizione delle società irregolari differisce alquanto da quella delle società regolarmente costituite. Non esistendo in quelle uno statuto o atto costitutivo regolarmente redatto e pubblicato, e quindi regolarmente noto a coloro che non vi intervennero, questi non sono obbligati a citare in giudizio coloro che a tale ufficio furono più specialmente delegati (come sarebbe invece nelle società regolari) e neppure possono essere convenuti da essi, salvo che vi sia un mandato speciale espresso dei soci; ma hanno diritto di convenire invece quelle persone, colle quali vennero in rapporti giuridici in rappresentanza della società,

(1) Bonelli, *op. cit.*, n. 21.

e da queste sole possono essere convenuti. O, in altri termini, gli estranei alla società non sono obbligati a riconoscere altra rappresentanza della società, che quella derivante *re ipsa*, dal fatto di avere agito in nome della società: che se poi i soci vogliono essere da altri rappresentati in giudizio, devono far esibire dal loro speciale rappresentante un mandato speciale.

Questo rispetto a coloro che sono estranei del tutto al rapporto sociale.

Rispetto a coloro invece che nel contratto sono intervenuti, la posizione delle società irregolari, è sì, identica a quella delle regolari, perchè tanto nelle une che nelle altre esiste il contratto, regolatore di tutti i rapporti.

Un'ultima osservazione. La rappresentanza in giudizio delle società irregolari, mentre è *obbligatoria per coloro che sono vincolati dal contratto*, nel senso che questi non possono far valere i loro diritti collettivi verso i terzi che per mezzo della rappresentanza istituita nel contratto: *non è obbligatoria per gli estranei al contratto* (terzi *stricto sensu*) nel senso che questi possono bensì convenire i rappresentanti per i diritti che essi vantano contro i soci, ma possono anche, a loro talento, azionare i singoli soci individualmente.

110. Alle società irregolari in liquidazione, sarà applicabile il disposto dell'art. 198 § 1, il quale stabilisce che, pubblicato l'atto legale di liquidazione, nessuna azione in favore della società o contro di essa può essere esercitata, se non in nome dei liquidatori o contro di essi? Posto che alle società irregolari si debbano applicare, di regola, le norme stabilite dalla legge per la liquidazione delle società commerciali in genere (2), io non vedo difficoltà a che la disposizione dell'art. 198 trovi la sua applicazione anche in tema di società irregolari. Lo SRAFFA è di opinione contraria, perchè — dice egli — non è concepibile che la società irregolare (la quale non riveste i caratteri di società commerciale avente personalità giuridica opponibile ai terzi) possa cominciare ad esistere come avente personalità opponibile ai terzi per il fatto ed al momento della liquidazione, che cioè cominci ad esistere come ente a sè, di fronte ai terzi solo perchè è cominciato per lei il momento di prepararsi a finire anche rispetto ai soci (3). D'accordo che la società irregolare non

---

(2) V. SRAFFA, *La liquidazione*, n. 55.

(3) SRAFFA, *op. cit.*, n. 55.

riveste personalità giuridica, anzi che non la riveste in nessun modo, e a nessuno possa opporla, ma da ciò non deriva che i liquidatori non possono essere considerati come esclusivi rappresentanti in giudizio dei soci. Sarà una rappresentanza dei soli soci, invece che rappresentanza della società, ma questa mi pare non sia una ragione sufficiente per disapplicare l'art. 198 cod. di comm. nel caso di società irregolari in liquidazione.

TITOLO TERZO

IL GIUDIZIO

Capitolo Primo

LA COMPETENZA

§ 1. — *La competenza per territorio e per valore*

Sommario: 111. La personalità limitata e la competenza per territorio. — 112. a) *Competenza per territorio rispetto ai terzi*. Azioni della società contro i terzi. — 113. Azioni dei terzi contro la società. — 114. Competenza dell'articolo 90 § 3 cod. proc. civ. — 115. Competenza dell'art. 872 cod. di comm. — 116. Alla competenza dell'art. 872 si può derogare? — 117. La competenza dell'art. 872 e la liquidazione. — 118. La competenza dell'art. 872 e il fallimento. — 119. La competenza dell'art. 872 e la moratoria. — 120. Competenza dell'art. 91 cod. proc. civ. — 121. b) *Competenza per territorio fra soci* (art. 96 cod. proc. civ.). Condizioni perchè si dia la competenza dell'art. 96. — 122. La competenza dell'art. 96 e le mutue assicuratrici. — 123. Competenza territoriale nel caso in cui sia controversa l'esistenza stessa delle società o la qualità di socio. — 124. Giurisdizione dei tribunali italiani per le società straniere. — 125. La competenza per valore. Valore della causa quando sia controversa l'esistenza della società o la qualità di socio.

111. Competenza per territorio. — Rispetto alla competenza, il sistema della personalità giuridica limitata, il quale è realmente il solo che risponda ad un concetto scientifico e allo stesso tempo armonizzi con tutte le disposizioni della legge positiva, assume una speciale importanza. La figura tradizionale delle società commerciali, persone giuridiche nei rapporti coi terzi, contratto nei rapporti sociali, si presentò alla mente del legislatore non solo quando si trattò di disciplinare il diritto *materiale* delle società, ma anche il diritto *formale* che ad esse si riferisce, vale a dire il modo di far valere in giudizio le azioni che dalla loro esistenza e dalla loro vita derivano.

La competenza di cui è qui parola, è, in modo speciale, la competenza per territorio. Infatti il nostro codice di procedura civile ha chiaramente distinto in materia di società, la competenza per territorio *rispetto ai terzi*, dalla competenza *rispetto ai soci*.

Rispetto ai terzi, cioè per le azioni non sociali, abbiamo molteplici

competenze. Riservandomi di dirne in seguito partitamente, noto per ora quella generale dell'art. 90 § 3 cod. proc. civ. e quella dell'art. 872 cod. di comm., per azioni dei terzi contro la società; quella degli art. 93 e 90 cod. proc. civ. per le azioni della società contro i terzi, e infine quella dell'articolo 91 cod. proc. civ. per le azioni tanto della società contro i terzi, che dei terzi contro le società.

Rispetto ai soci cioè per le azioni sociali abbiamo invece la sola competenza dell'art. 96 cod. proc. civ.

Sulla enorme importanza procedurale della distinzione tra rapporti coi terzi e rapporti tra soci, non c'è quindi bisogno d'insistere. Per i primi, molteplici competenze, per i secondi, competenza ristretta al tribunale del luogo ove è il principale stabilimento della società (art. 96 cod. proc. civ.). Rispetto ai terzi (pei rapporti non sociali) infatti la necessità di facilitare i giudizi, ha suggerito al legislatore la moltiplicazione della competenza: rispetto ai soci (cioè pei rapporti sociali) invece la necessità che le azioni derivanti dal contratto sociale siano proposte nel luogo dove il contratto medesimo ha la sua esecuzione, almeno in modo principale, dove sono i libri e i registri sociali, impongono l'accentramento della competenza. Tutto ciò dimostra che la distinzione tra rapporti interni ed esterni, lungi dall'essere una costruzione arbitraria, risponde a tutto il sistema della legge positiva.

Ciò posto, vediamo un pò più da vicino le regole riguardanti ambedue queste specie principalissime di competenza.

112. A) *Competenza per territorio rispetto ai terzi.*

La società essendo nei rapporti coi terzi una persona giuridica, devono seguirsi i principii generali della competenza territoriale, in quanto siano applicabili, per la speciale natura di una delle parti.

Quanto alle azioni della società contro i terzi, *nulla quaestio*: l'azione reale immobiliare deve essere esercitata al *forum rei sitae* (art. 93 cod. proc. civ.): l'azione reale mobiliare e l'azione personale deve essere esercitata al foro del domicilio o della residenza del convenuto (art. 90 § 2). Nessuna questione quindi anche per le azioni reali immobiliari dei terzi contro la società. Ma riguardo alle azioni reali mobiliari e personali dei terzi contro la società, come dovrà determinarsi il domicilio della società?

113. Il legislatore ci dà, all'art. 90 § 3, un criterio assai sicuro: esso stabilisce che l'azione personale e l'azione reale sui beni mo-

bili contro una società si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione o si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società (1). E l'art. 872 cod. di comm., completando la disposizione dell'art. 90 cod. proc. civ., per riguardo agli speciali bisogni del commercio, aggiunge per le società commerciali che le azioni reali sopra beni mobili derivanti da atti intrapresi per conto di una società nazionale ed estera dal suo institore o rappresentante fuori della sede sociale, possono proporsi dai terzi dinanzi all'autorità giudiziaria del luogo ove si esercita il commercio, o risiede l'institore o il rappresentante.

Da questi due articoli si può desumere che, quanto alle azioni esercitate dai terzi contro le società commerciali, il legislatore ha stabilito tre categorie di luoghi ove la competenza può radicarsi: due per tutte le azioni in genere che si possono esercitare contro la società, ed una per le azioni dipendenti da atti intrapresi dal rappresentante in quel determinato luogo.

114. *a*) Per tutte le azioni in genere che i terzi possono intentare contro la società, competente è: anzitutto, il tribunale del luogo ove è la sede dell'amministrazione sociale: poi, il tribunale del luogo ove si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società (2).

Che cosa è la sede dell'amministrazione? che cosa è lo stabilimento? A dire il vero, la nostra legislazione non è molto chiara nel determinare i concetti di *sede della società*, di *sede dell'amministrazione*, di *stabilimento*, di *principale stabilimento*. L'art. 90 cod. proc. civ. parla di sede dell'amministrazione sociale e di stabilimento sociale: l'art. 220 cod. di comm. di sede e oggetto principale della impresa: l'art. 846 cod. di comm. di sede semplicemente: infine l'art. 96 cod. proc. civ. di principale stabilimento. Vediamo dunque, giacchè se ne porge il destro, di fissare questi vari concetti.

---

(1) La regola vale tanto per le società civili che per le società commerciali. Il concetto del legislatore è stato quello di aver riguardo alla *rappresentanza* della società, il che posto, si comprende come abbia stabilito una norma unica così per le une che per le altre. Se infatti nelle società commerciali l'ente giuridico personificato nei suoi rappresentanti deve avere una sede, che corrisponde al domicilio ed alla residenza della persona fisica, nelle società civili era anche necessario stabilire un luogo unico dove potessero essere convenuti i soci componenti la società.

(2) ENDEMANN, *Der deutsche Civilprozess*, Berlin, 1888, I, p. 258.

Sede sociale, sede dell'amministrazione sociale, è il luogo dove è l'esercizio effettivo dell'industria sociale (3).

Perchè vi sia l'esercizio effettivo non è necessario che ivi sia anche l'*oggetto* di tale esercizio. La distinzione è forse sottile, ma pure è fondata: l'oggetto di un'industria può essere in un luogo, e in un altro possono effettivamente centralizzarsi tutti gli atti che all'esercizio di quella industria si riferiscono (4). Così una compagnia di navigazione può avere la sua sede a Parigi, dove effettivamente si centralizzano tutti gli atti che si riferiscono all'esercizio dell'industria marittima, e far navigare altrove i suoi bastimenti.

Una prova della giustezza di questa distinzione abbiamo nell'art. 230 cod. di comm., in cui è richiesto, perchè le società estere siano assoggetate in tutto alle disposizioni della legge italiana, che abbiano in Italia la loro sede, e l'oggetto principale della loro impresa; vale a dire che sia in Italia non solo il luogo dove si centralizza l'attività sociale, ma anche dove è l'oggetto dell'industria.

Il luogo, dove è l'esercizio effettivo dell'industria sociale, inteso così in largo senso, è anche quello del *principale stabilimento*. Per conseguenza le espressioni: sede della società: sede dell'amministrazione: luogo del principale stabilimento, sono equivalenti. La società infatti, sia come collettività, che come persona giuridica,

---

(3) Ivi sarà la direzione, normalmente anche il Consiglio d'amministrazione, saranno tenuti i libri sociali, ecc. Cfr. *Civilprozessordnung* germ. § 19; *Jurisdiktionsnorm* austriaca del 1° agosto 1895, § 75. È questo il luogo dove « koncentrist sich die Wirksamkeit der Korporation », come dice con frase energica il WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, I, p. 404, nota 21. V. anche ENDEMANN, *Der deutsche Civilprozess*, Berlin, 1878, I, p. 258; WETZELL, *System des ordentlichen Civilprozess*, 3ª ediz., Leipzig, 1878, p. 490; HELMANN, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts für den akademischen und praktischen Gebrauch*, München, 1885, I, p. 102; RING, *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften*, ecc., I, p. 185; GAREIS u. FUCHSBERGER, *Das allg. deutsche Handelsgesetsbuch*, 1891, Berlin, p. 397 e 424.

(4) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 290; Cass. francese 2 febbraio 1881, *Le Droit* del 2 febbraio 1881; Cass. franc. 30 gennaio 1882, *Journ. du Palais* 1882, I, 362; SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, p. 61. Non si confonda però il luogo dove si centralizzano gli affari sociali, con il luogo, dove avvengono alcuni atti puramente interni della vita sociale, come la riunione dei soci, ecc. È questo un elemento affatto irrilevante, giacchè dipende dal puro arbitrio delle società. Cfr. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, p. 404, nota 21; HELMANN, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, p. 102 ss. Quindi il fallimento di una società che tenga all'estero le riunioni dei soci, ma abbia in Italia il centro della sua attività, deve essere pronunciato dai tribunali italiani, perchè è in Italia la sua sede effettiva. V. SRAFFA, *Il fallimento*, ecc., p. 60 e 61.

si concreta in una amministrazione: questa amministrazione, dove la vita sociale si centralizza, è naturalmente il principale stabilimento sociale, perchè da esso dipende tutta l'attività sociale.

La sede sociale, la sede dell'amministrazione sociale, il principale stabilimento è per la società commerciale quello che per le persone fisiche e singole è il domicilio o la residenza. Essa risulta anzitutto dalle indicazioni dell'atto costitutivo o dello statuto (art. 88, n. 2; 89, n. 1 cod. di comm.). Ma, in virtù del principio: *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*, se in realtà il centro degli affari sociali è diverso da quello indicato dall'atto costitutivo o statuto, è ad esso soltanto che si deve aver riguardo (5).

114. Mi resta ora a stabilire che cosa sia lo *stabilimento*, e in che cosa differisce dalla semplice *rappresentanza*.

Certo, il decidere quando si ha uno stabilimento, o quando una rappresentanza, è questione più di fatto che di diritto: ma ad ogni modo come criterio distintivo si può dire che gli stabilimenti sono i pochi e i principalissimi centri di attività sociale, da cui poi la vita sociale si irradia nelle rappresentanze: che dallo stabilimento dipendono direttamente le rappresentanze, le quali solo a mezzo di quello sono in comunicazione colla sede contrale: che nello stabilimento si esplica per lo più la parte *industriale* dell'attività sociale, mentre quella *commerciale* si esplica piuttosto nelle rappresentanze, ecc. ecc. (6).

Inteso in questo senso lo stabilimento, se ne deduce che il tribunale del luogo ove esso ha sede è competente a conoscere di qualunque azione in generale venga intentata contro la società da un terzo (7). Non mi sembra quindi possa accogliersi l'opinione del MORTARA che questa parte dell'art. 90 sia stata abrogata dall'art. 872

---

(5) VAVASSEUR, *Sociétés civiles et commerciales*, II, n. 250; Cass. franc. 5 dicembre 1877, *Sirey*, 1878, 220; Cass. franc. 1° dicembre 1884, *Dalloz pér.*, 1885, I, 372; Cass. franc. 4 agosto 1885, *Revue des sociétés*, 1886, 78; Cass. franc. 25 febbraio 1895, *Journ. du Palais*, 1896, I, 180. Anche la società naturalmente può eleggere domicilio in luogo diverso da quello della sede, e determinare così una nuova competenza (cod. civ. art. 19, cod. proc. civ., art. 40). V. la *Civilprozessordnung germ.* § 19, ult. cap., la disposizione della quale non fu toccata dalla legge 18 luglio 1884; v. RING, *Das Reichsgesetz betreffend*, ecc., I, p. 290.

(6) Sul concetto di stabilimento v. Cass. Napoli, 9 marzo 1869, *Giur. ital.*, 1869, I, 1, 174.

(7) App. Napoli, 30 aprile 1868, *Giur. ital.*, 1868, I, 2, 346.

cod. di comm. (8). L'art. 872 infatti riguarda solo quelle azioni che derivano da atti compiuti dal rappresentante della società nei luoghi ove la società esercita il commercio,o risiede l'institore o il rappresentante. Invece l'ultima parte del § 3 dell'art. 90 c. p. c., riguarda *tutte* le azioni in genere che si possono esercitare contro la società, anche non dipendenti da atti compiuti dal rappresentante che la società ha nello stabilimento sociale.

È vero quindi che la disposizione dell'art. 872 è, in un certo senso più ampia di quella dell'art. 90. in quanto che parla degli atti compiuti dall'*institore o rappresentante fuori della sede sociale,* sembrando quindi comprendere anche gli atti compiuti dal rappresentante preposto ad uno stabilimento sociale. Ma in un altro senso invece è più ristretta, in quanto che parla solo di obbligazioni dipendenti da atti del rappresentante, mentre l'art. 90 contempla *tutte* le azioni che si possono intentare contro la società. E che questa sia l'interpretazione da darsi all'art. 90 cod. proc. civ., risulta dalla dicitura stessa dell'articolo: per esso basta, allo scopo di radicare la competenza, che l'azione sia esercitata davanti all'autorità giudiziaria del luogo ove si trova uno degli stabilimenti sociali *con* un rappresentante della società. Ma non dice minimamente che dai fatti di questo rappresentante deve dipendere l'azione.

115. *b*) Per le azioni dipendenti da atti intrapresi per conto di una società commerciale dal suo institore o rappresentante fuori della sede sociale è competente tanto l'autorità giudiziaria del luogo dove il commercio è esercitato che quella del luogo, dove risiede l'institore o rappresentante. La duplice competenza si deduce, sia dalla lettera della legge, che adopera l'alternativa *o* (*dove si esercita il commercio o risiede l'institore,* ecc.) sia dalla ragione stessa delle cose, potendo darsi benissimo il caso in cui l'institore risieda in un luogo e eserciti il commercio anche in un luogo diverso (per es. a mezzo di suoi rappresentanti od agenti particolari).

S'intende che gli atti dell'institore o rappresentante, per dar luogo alla competenza speciale dell'art. 872, devono essere compiuti nell'esercizio del commercio a cui è preposto (art. 375 e 376 cod. di comm.) (9) e che per conseguenza l'azione deve avere per

---

(8) Mortara, *Manuale della procedura civile,* I (2ª ediz.), Torino, 1898, n. 166.

(9) App. Casale, 10 aprile 1891, *Temi Genov.*, 1891, 216.

oggetto un rapporto extra-sociale o, in altri termini, deve essere intentata da chi si presenta nella qualità giuridica di terzo (10).

La formula stessa poi usata dalla legge « Le azioni personali e le azioni reali sopra beni mobili derivanti da atti intrapresi per conto di una società nazionale od estera dal suo institore o rappresentante fuori della sede sociale *possono* proporsi ecc. » dimostra che la competenza speciale da essa stabilita lo è a esclusivo favore dei terzi, i quali possono o no, valersene. Quindi giustamente decise la Corte d'Appello di Genova che l'azione può essere dai terzi proposta anche davanti all'autorità giudiziaria del luogo dove è la sede centrale (11).

Per le società ferroviarie il legislatore ha stabilito, limitatamente alle azioni derivanti dal contratto di trasporto, una competenza eccezionale: quella cioè dell'autorità giudiziaria del luogo della stazione di partenza e di arrivo (12).

116. Alla competenza stabilita dall'art. 872 si può derogare? Certo, ma solo col concorso del consenso espresso o almeno tacito di coloro a cui favore la competenza speciale fu stabilita, non già per atto della volontà della società, la quale, ad esempio, nello statuto sociale dichiari doversi tutte le azioni contro di essa proporre alla sede sociale. Il consenso tacito si può ammettere nel caso di azioni contrattuali, che i terzi intentano alla società giacchè si può dire che essi, contrattando colla società, abbiano tacitamente aderito allo statuto. Se si tratta invece di azioni extra-contrattuali, il consenso del terzo a derogare alla competenza non c'è evidentemente, nè espresso, nè tacito, e si devono osservare le regole che la legge ha stabilito (13).

Terzo, nel senso dell'art. 872 è chiunque deriva le sue ragioni creditorie da atti compiuti dall'institore: quindi, non l'institore stesso: la competenza speciale si fonda ad un tempo nella qualità giuridica delle persone e sulla natura dell'azione (14).

---

(10) Cass. Torino, 13 settembre 1894, *Giur. tor.*, 1894, 798.

(11) App. Genova, 2 febbraio 1894, *Temi gen.*, 1894, 116 e *nota*.

(12) Cfr. App. Firenze, 16 luglio 1889, *Foro ital.*, 1890, 1, 250 con nota del MARCHESINI.

(13) La Corte d'App. di Bologna, 19 aprile 1889, *Foro ital.*, 1889, I, 817, ammise la derogabilità per volontà della società, senza alcuna eccezione. Nel senso del testo invece la giurisprudenza francese, Cass. 25 febbraio 1895, *Journ. du Palais*, 1895, I, 180.

(14) In questo senso anche la giurisprudenza francese, benchè manchi in quella legislazione una disposizione corrispondente al nostro art. 872: Cass. franc. 22 maggio

117. La competenza dell'art. 872 vien meno quando la società si scioglie ed è posta in liquidazione? In tesi generale è, senza dubbio da rispondersi che no. E ciò per un duplice motivo. Anzitutto l'art. 198 § 4 cod. di comm. dichiara che continuano ad essere applicabili alle società in liquidazione le norme stabilite per le società esistenti, che non siano incompatibili colla liquidazione e salve le disposizioni generali. Ora la società in liquidazione, continuando ad esistere sia come contratto che come persona giuridica, è chiaro che le ragioni, che hanno indotto il legislatore a stabilire la competenza speciale dell'art. 872 per le società durante il periodo della loro vita normale, debbono valere anche per le società in liquidazione. Il fatto poi che la legge non ha stabilito nessuna regola speciale a questo riguardo per le società in liquidazione, mostra che ad esse sono benissimo applicabili le disposizioni dell'art. 872. Un altro argomento a favore di questa opinione, la quale del resto, è anche accolta dalla giurisprudenza (15), si può dedurre da ciò che ho detto più sopra a proposito dell'influenza dello scioglimento delle società e del passaggio allo stato di liquidazione sulla rappresentanza in giudizio degli agenti della società fuori della sede centrale. Dissi che il fatto della liquidazione non estingue il mandato di questi agenti: neppure quindi c'è ragione per cui debba venir meno la competenza della autorità giudiziaria del luogo ove questi rappresentanti operano o hanno domicilio.

118. Se il passaggio della società allo stato di liquidazione non toglie la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo ove risiede un rappresentante della società, o dove il commercio è esercitato, per gli atti compiuti dal rappresentante nell'esercizio del commercio a cui è preposto (art. 872 cod. di comm.) e tanto meno toglie la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo dove è uno degli stabilimenti sociali (art. 90 ult. cap. cod. proc. civ.), diversamente è a dirsi nel caso in cui la società cada in istato di fallimento. L'art. 846 cod. di comm. infatti stabilisce che il fallimento di una società commerciale è dichiarato dal tribunale del luogo in cui la società ha la sua sede, e l'art. 685 aggiunge che il tribunale, da cui viene dichiarato il fallimento, è investito dell'intera procedura del falli-

---

1854, *Sirey*, 1854, I, 696; 3 gennaio 1870, *Sirey*, 1873, I, 60; 28 maggio 1877, *Sirey*, 1879, I, 452; App. Algeri 2 marzo 1896, *Journ. du Palais*, 1896, 2, 249.

(15) Cfr. Trib. Genova, 30 maggio 1895, *Legge*, 1895, II, 91.

mento, e conosce di tutte le azioni che ne derivano. L'importanza di questa disposizione di legge consiste appunto in ciò che per essa tutte le azioni commerciali, nelle quali la società fallita avrebbe figurato come convenuta, si debbono proporre in confronto del curatore al tribunale del luogo dove è la sede sociale (16). Si tratta quindi proprio di una deroga alla competenza stabilita dall'art. 90 cod. proc. civ. riguardo agli stabilimenti sociali, e dall'art. 872 cod. di comm. riguardo al luogo dove risiede un rappresentante o dove è esercitato per mezzo di questi il commercio della società. Circa la competenza dell'art. 872 non v'ha dubbio: ma neppure credo vi sia dubbio riguardo alla competenza dell'autorità giudiziaria del luogo ove è uno degli stabilimenti sociali. La sede delle società infatti è solo il luogo dove si trova il centro dell'amministrazione della società, la competenza dell'autorità giudiziaria del quale nella procedura di fallimento assorbe tutte le altre. Tutte le azioni giudiziarie quindi, posteriori alla dichiarazione di fallimento, che i terzi vogliono intentare contro la società, debbono essere proposte davanti al tribunale della sede sociale, investito della procedura di fallimento.

119. Alcune difficoltà presenta invece la questione della influenza della moratoria sulla competenza. La questione è generale, ma assume una particolare importanza riguardo alle società commerciali, per la molteplicità dei fori competenti riguardo alle azioni che contro di esse si possono esercitare. Posto infatti — come si ritiene in generale (17) — che la domanda di moratoria deve presentarsi al Tribunale del luogo che sarebbe competente per pronunciare il fallimento (18), sorge il dubbio, se lo stesso Tribunale sia investito

---

(16) BOLAFFIO, *Del fallimento* nel *Commento* di CASTAGNOLA e GIANZANA, n. 24.

(17) ASCOLI, *La moratoria e il concordato preventivo*, Milano, 1896, n. 72; TARTUFARI, *La moratoria*, Roma, 1895, n. 15.

(18) Per la moratoria posteriore al fallimento non mi pare possa esservi dubbio sulla giustezza di questa soluzione. Infatti la moratoria, non essendo in tal caso che un episodio o un incidente della procedura di fallimento, è naturale che per ottenere l'ammissione si debba ricorrere al Tribunale che è investito di tutta la procedura di fallimento. Può dirsi quindi che l'ipotesi rientri nella disposizione dell'art. 685 cod. di comm. Qualche dubbio può elevarsi invece sulla moratoria *anteriore* al fallimento. per la quale non si può invocare che l'analogia delle disposizioni del fallimento. Sarebbe stato ad ogni modo opportuno che il legislatore avesse dato esplicitamente alla questione, la soluzione accolta dalla dottrina.

in modo esclusivo, al pari che nel fallimento, di tutte le azioni commerciali che i terzi possono esercitare contro il morato (nella specie, società).

Una soluzione decisiva non credo possa esser data in questa materia: mi pare invece che occorra distinguere: se si tratta di azioni riguardanti direttamente l'istituto della moratoria, cioè di azioni che nascono dalle norme che la legge sancisce per la concessione, il mantenimento e la chiusura della moratoria, competente sarà il Tribunale da cui la moratoria stessa fu concessa. Se invece si tratti di azioni aventi altro oggetto che non l'osservanza delle regole poste dalla legge per l'istituto della moratoria, la competenza sarà regolata secondo i principii generali (19).

120. È applicabile alle società la competenza dell'art. 91 cod. proc. civ.? Senza dubbio. Nè si dica che per le società dispone *esclusivamente* l'art. 90 ult. cap. cod. proc. civ. Infatti gli art. 90 e 91 hanno due obiettivi completamente diversi: il primo regola la competenza per territorio avendo riguardo alle *persone*; il secondo invece regola la competenza per territorio avendo riguardo al *luogo* dove la obbligazione fu contratta o deve eseguirsi, e dove fu promessa o deve eseguirsi la consegna delle merci. Sarebbe poi strano che la regola dell'art. 91, che ha speciale importanza per le materie commerciali, dovesse soffrire un'eccezione appunto per le società commerciali, che sono tanta parte del commercio odierno (20).

S'intende che la competenza dell'art. 91 cod. proc. civ. vale anche per le azioni che si possono intentare contro una società commerciale o contro i soci di essa dopo lo scioglimento e anche dopo la divisione, perchè — come bene osserva la Cassazione di Torino —

---

(19) La questione è stata agitata specialmente a proposito delle azioni che possono intentare i creditori del morato dissenziente nell'accordo amichevole dell'art. 825 cod. di comm. Per la competenza esclusiva del Tribunale della moratoria in ogni caso si sono pronunciati: App. Genova, 27 luglio 1895, *Foro ital.*, 1895, 1, 1155; E. Scialoia, nel *Foro ital.*, 1894, 1, 672. Per la osservanza in ogni caso delle regole generali della competenza si è pronunciato invece Mortara, nella *Giur. ital.*, 1894, IV, 21; 1895, 1, 574, e *Manuale*, I, (2ª ediz.), p. 129, nota. Nel senso del testo cfr. Trib. Milano, 16 aprile 1895, *Giur. ital.*, 1895, I, 2, 253; Zignoni, *L'art.* 825 *del cod. id comm.*, nel *Foro ital.*, 1894, fasc. VI, p. 32 dell'estratto.

(20) App. Milano, 28 febbraio 1882, *Mon. dei Trib.*, 1882, 519; App. Venezia, 11 marzo 1889, *Temi Veneta* 1889, 412. Così pure la giurisprudenza francese, rispetto all'art. 420 del codice di procedura civile francese. V. da ultimo Cass. franc., 9 maggio 1894, *Journ. du Palais*, 1895, 1, 36, e le sentenze ivi richiamate.

la natura di un'azione deve desumersi dal fatto giuridico da cui è nata, e non può variare per effetto di circostanze sopravvenute (21).

121. B) *Competenza per territorio fra soci.* Della importanza, rispetto alla personalità giuridica, della competenza speciale stabilita dall'art. 96 cod. proc. civ. per le azioni tra soci, dissi a suo tempo. Ecco ora quello che dispone l'art. 96: « L'azione tra soci si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è il principale stabilimento della società. Si propongono davanti le stesse autorità giudiziarie le azioni tra soci, anche dopo lo scioglimento e la liquidazione delle società, per la divisione, e per le obbligazioni che da esse derivano, purchè proposte entro un biennio dalla divisione ». Il fondamento della competenza stabilita in questo articolo è analogo al principio da cui dipende l'elezione di domicilio. Per le azioni derivanti dal contratto sociale la legge presume, con una presunzione *iuris*, che i soci, nello stipulare il contratto di società, abbiano eletto domicilio nel luogo, del principale stabilimento della società (22).

Condizioni necessarie perchè si dia la competenza dell'art. 96 cod. proc. civ. sono quindi:

a) che l'azione sia proposta tra soci.

Le azioni, di cui parla il legislatore, sotto la denominazione generica di *azioni tra soci*, sono tanto quelle proposte da un socio contro un altro socio individualmente, che come quelle proposte da un socio contro gli altri soci come collettività, che infine quelle proposte dalla collettività contro il socio singolo. Solamente, l'azione deve, in ogni caso, avere il suo fondamento nel contratto sociale o dalla legge, in quanto disciplina i rapporti derivanti dal contratto sociale. La competenza dell'art. 96 si dà per tutti coloro che si presentano come soci, ossia come titolari di un diritto o di un obbligo derivante dal contratto sociale. Per conseguenza, il terzo non socio che garantisce con obbligazione solidale il debito di uno dei soci verso l'altro, non è soggetto alla competenza dell'art. 96 cod. proc. civ. (23). Lo è invece il surrogato del socio contro cui si agisce per far dichiarar

---

(21) Cass. Torino, 10 settembre 1895, *Temi gen.*, 1895, 609. Contro, ma erroneamente, App. Genova 21 luglio 1894, *Temi gen.*, 1894, 550, causata dalla Cassazione di Torino colla sentenza citata.

(22) Relazione PISANELLI, in CUZZERI, *Commento al cod. di proc. civile*, Verona, 1883-1896, I, p. 334.

(23) App. Torino, 6 dicembre 1881, *Giur. tor.*, 1872, 87.

nulla la surroga, perchè fino a che non sia decisa la questione, il surrogato si deve ritenere come socio (24).

Da tutto ciò risulta evidente che la competenza dell'art. 96 si stabilisce solo in forza del contratto sociale. Adunque un socio, chiamato in giudizio davanti al tribunale del luogo dove è il principale stabilimento della società non potrà, per sottrarsi alla competenza di esso, eccepire che la società non è regolarmente costituita, a termini degli art. 87 ss. cod. di comm., mediante la formazione di un atto costitutivo in regola e la pubblicazione di esso nei modi di legge. Basterà per radicare la competenza del tribunale del principale stabilimento, l'esistenza del contratto di società.

b) che l'azione sia proposta durante la vita normale della società, o anche dopo lo scioglimento, e perfino dopo la divisione, purchè entro un biennio da questa.

Se dopo lo scioglimento siano passati più di due anni, ma la divisione non sia ancora avvenuta, le azioni fra soci debbono ancora proporsi davanti all'autorità giudiziaria del luogo del principale stabilimento, perchè, fino a che non è avvenuta la divisione, permangono le ragioni per cui il legislatore stabilì la presunzione di elezione di domicilio contenuta nell'art. 96 cod. procedura civile. Infatti, il luogo ove l'industria sociale si centralizzò, è anche quello dove le questioni relative alla divisione trovano con maggior facilità gli elementi per una giusta risoluzione (25).

Il tribunale competente a giudicare delle azioni tra soci è quello del principale stabilimento della società. Il principale stabilimento dell'art. 90 cod. proc. civ. è — come abbiamo visto — precisamente lo stesso che la *sede della amministrazione sociale* dell'art. 96 (v. retro n. 113).

122. La competenza dell'art. 96 cod. proc. civ. si applica anche alle mutue assicuratrici, per le azioni di risarcimento intentate dai soci, benchè il contratto con cui il socio accedeva alla mutua sia stato stipulato altrove. Deve applicarsi la competenza dell'art. 96 cod. proc. civ. e non quella dell'art. 872 cod. di comm., perchè l'art. 872 parla solamente delle azioni proposte da *terzi* per atti intrapresi per

---

(24) App. Torino, 15 aprile 1871, *Giur. ital.*, 1871, I, 2, 261.

(25) Contro, ma per ragioni poco concludenti, App. Genova, 16 marzo 1887, *Eco di giur.*, 1887, 1, 106. Nel senso del testo. v. invece MANCINI, PISANELLI e SCIALOIA, *Commentario al cod. di proc. civ. per gli Stati Sardi*, II, p. 472.

conto della società dal suo institore o rappresentante, mentre invece nel caso dell'azione di risarcimento intentato contro una mutua, l'attore non è terzo, ma è *socio*: agisce cioè in forza del *contratto sociale*, e si presenta come titolare di un diritto derivante dal *contratto sociale*. È vero che il socio, perduta la cosa, cessa di far parte dell'associazione (art. 244 cod. di comm.), ma, siccome l'azione che egli esercita deriva dal contratto sociale, così egli si presenta nel giudizio nella qualità giuridica di socio. Malgrado che la legge abbia riconosciuto alle mutue la personalità giuridica (art. 239 cod. di comm.), sempre sta che, pei soci, in quanto sono soci, in quanto cioè sono legati dal vincolo sociale, deve aversi riguardo esclusivamente al contratto sociale. Chi si assicura ad una mutua, fa un contratto di società, e non un contratto di assicurazione, ed è dal contratto di società che nasce il suo diritto al risarcimento. Nè si possono distinguere i rapporti di società da quelli di assicurazione, non si può, in altri termini, sostenere che chi entra in una mutua, conclude due distinti contratti: uno di società, e l'altro di assicurazione. Il vero è invece che il contratto è unico: è un contratto di società avente per oggetto la mutua assicurazione. Che se così non fosse, dovrebbe sostenersi egualmente che chi entra in una società avente per oggetto, ad es., l'appalto di un'opera pubblica, fa un contratto di appalto e un contratto di società! Scindere in due contratti distinti quello che è invece un unico contratto val quanto riuscire all'assurdo giuridico — come dice egregiamente il VIVANTE — di trovare due contratti « dove c'è una sola volontà di obbligarsi, una sola causa giuridica » (26).

123. Nel caso in cui sia controversa l'esistenza stessa della società o la qualità di socio, dovranno o pur no, applicarsi le regole stabilite dalla legge per la competenza territoriale in materia di società?

Bene a ragione — mi pare — l'illustre MATTIROLO distingue il caso, in cui l'oggetto diretto della controversia sia il riconoscimento dell'esistenza della società, o della qualità di socio, dal caso in cui l'inesistenza dell'una o dell'altra, venga eccepita dal convenuto

---

(26) VIVANTE, nel *Mon. dei trib. mil.*, 1889, 244, e *Trattato*, II, 1, n. 612. Conforme Cass. Firenze, 4 febbraio 1889, *Mon. dei trib. mil.*, 1889, 193 e tutta la giurisprudenza tedesca citata da VIVANTE, *op. e loc. cit.* Contro App. Venezia, 1giugno 1888, *Temi Veneta*, 1888, 345.

per negare le sue obbligazioni. Nel primo caso devono valere le regole generali della competenza, e non quelle speciali della società. Non v'è alcuna ragione infatti per derogare al principio: *actor sequitur forum rei*, e sarebbe un porre in balìa dell'attore la determinazione del foro del convenuto, il decidere diversamente. Nel secondo caso invece dovrà applicarsi il principio: *il giudice dell'azione è anche il giudice dell'eccezione* (27). E se fosse altrimenti, si cadrebbe nello stesso inconveniente in cui si cadrebbe, nel primo caso, se si ammettesse la competenza speciale. Potrebbe infatti il convenuto con una semplice eccezione, diventare arbitro della competenza (28).

Per conseguenza, quando alcuno adisce il giudice per far dichiarare l'esistenza della società o la qualità di socio nel convenuto, sarà competente a conoscere dell'azione l'autorità giudiziaria del luogo ove è il domicilio o la residenza del convenuto; quando invece, chiamato alcuno in giudizio per rispondere come socio delle obbligazioni derivanti dal contratto sociale, eccepisce la inesistenza della società o nega la qualità di socio, a conoscere di questa questione pregiudiziale resterà competente il giudice del luogo ov'è il principale stabilimento della società (29).

124. Per le società straniere si applicano gli art. 105 e 107 cod. proc. civ., messi in relazione agli art. 90 e 96 cod. proc. civ., e 872 cod. di comm.

Che le disposizioni degli art. 105 e 107 cod. proc. civ. riguardanti la *giurisdizione* (non *competenza*) dei tribunali italiani rispetto agli

---

(27) Qui si tratta evidentemente di una eccezione *semplice* e non già una eccezione *riconvenzionale*; quindi la regola: *il giudice dell'azione è anche il giudice dell'eccezione*, deve applicarsi. V. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1898, I, n. 121 ss. Quella del MORTARA infatti (detta teoria delle *eccezioni riconvenzionali*) mi sembra la più semplice e razionale delle varie dottrine escogitate intorno alle limitazioni che si devono portare alla nota regola: *il giudice dell'azione*, ecc. Ma anche secondo l'altra delle dottrine dominanti, quella del *legittimo contraddittore*, seguita dal PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, p. 282 ss., dal MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ.*, I, n. 903 ss., dal CASTELLARI, *La competenza per connessione*, Milano, 1896, p. 359 ss., deve, nel caso concreto, applicarsi la regola in questione. Infatti l'eccezione in questo caso è proposta non formalmente perchè il giudice decida la controversia sulla esistenza o meno del vincolo sociale, ma al solo scopo di respingere le domande dell'attore. Il giudice però dovrà in ogni caso *esaminare* l'eccezione, non *decidere* la controversia.

(28) MATTIROLO, II, n. 705 (nota).

(29) Conforme Cass. Torino, 17 marzo 1887, *Giur. tor.*, 1887, 250.

stranieri, si applichino anche alle *società straniere*, è chiaro. Sia infatti che si considerino come collettività non personificate di soci, sia che si considerino come enti giuridici, è evidente che esse rientrano nella categoria degli *stranieri*, di cui alle citate disposizioni del codice di rito. Alle quali riavvicinando quelle degli art. 90 e 96 cod. proc. civ. e 872 cod. di comm. risulta chiaro il sistema seguente:

A) La società costituita in paese estero ha nel regno la sua sede (30). In questo caso i tribunali italiani, e fra i tribunali italiani, quelli della sede, sono competenti a conoscere di tutte le azioni intentate contro la società (art. 90 cod. proc. civ.).

B) La società costituita in paese estero ha in Italia uno stabilimento. In questo caso i tribunali italiani (e più precisamente, quello dello stabilimento) sono competenti a giudicare (art. 90 c.p.c.) di tutte azioni non derivanti dal contratto sociale (salvo cioè le azioni fra soci, riservate dall'art. 96 cod. proc. civ. al tribunale della sede o stabilimento principale).

C) La società costituita in paese estero ha in Italia una rappresentanza. In questo caso sono competenti i tribunali italiani e più specialmente quello del luogo dove si esercita il commercio o risiede il rappresentante, *limitatamente agli atti compiuti dal rappresentante* (art. 872 cod. di comm.) (31).

D) La società costituita all'estero non ha in Italia nè sede, nè stabilimento, nè rappresentanza, oppure, anche se ha rappresentanza, si tratta di azioni non derivanti da atti del rappresentante. In questo caso i tribunali italiani sono competenti (art. 105 cod. proc. civ.);

a) se si tratta di azioni su beni immobili o mobili esistenti nel regno;

---

(30) Sui concetti di sede, stabilimento, rappresentanze, v. retro, i numeri 113 e 114.

(31) Di fronte al preciso disposto dell'art. 872 cod. di comm. non mi sembra si possa decidere diversamente. Invece la dottrina e la giurisprudenza francese ritengono generalmente (estendendo molto il concetto di *stabilimento*) che il tribunale del luogo ove una società straniera ha una semplice rappresentanza è competente a giudicare di *tutte* le azioni, anche dipendenti da atti non compiuti dal rappresentante. V. Cass. francese, 20 agosto 1875, *Sirey*, 1876, I, 121; Cass. francese, 4 marzo 1885, *Sirey*, 1885, 1, 169; App. Lyon, 29 marzo 1878; *Journ. des sociétés*, 1880, 502; App. Nimes, 31 luglio 1885, *Sirey*, 1885, 2, 180; Trib. di comm. della Senna, 26 marzo 1887, *Gazette du Palais*, 1887, n. del 20 luglio; Lyon Caen et Renault, *Traité*, I, n. 406; Pineau, *Des sociétés commerciales en droit international privé*, Paris, 1894, p. 51. V., tuttavia, App. Aix, 16 gennaio 1883; *Journ. de droit intern. privé*, 1883, 173.

b) se si tratta di obbligazioni derivanti da contratti o fatti seguiti nel regno, o che debbono avere esecuzione nel regno;

c) ogni qualvolta la legge del paese, a cui la società appartiene, dichiara competenti i suoi tribunali, per decidere delle azioni intentate contro società italiane.

Nella giurisdizione italiana è competente anzitutto il tribunale del luogo ove è stabilito che debba esser eseguito il contratto: quando questo luogo non sia designato, è competente il tribunale del domicilio e della residenza dell'attore (art. 106 cod. proc. civ.).

125. Competenza per valore. La questione che a questo proposito più di frequente si presenta nei giudizi delle società commerciali, è quella di stabilire quale è il valore della causa, quando la somma domandata dipende da questioni che investono l'esistenza stessa della società o la qualità di socio di alcuna delle parti.

Secondo alcuni, la causa deve ritenersi di valore indeterminato, e deve quindi pronunciarsi in ogni caso, anche quando la domanda sia inferiore alle 1500 lire, la competenza del tribunale (32). Secondo altri invece si deve aver riguardo a tutto il fondo sociale, se viene in contestazione l'esistenza della società, e a tutta la quota del socio, se è la qualità di socio in alcuna delle parti che viene impugnata (33). Secondo altri infine non si deve tener conto che della somma domandata (34).

La opinione che in questi casi ritiene la causa di valore indeterminato è da rigettarsi. L'art. 81 infatti del cod. proc. civ. stabilisce: « Le controversie di stato, di tutela, di diritti onorifici, e altre di valore indeterminabile, si considerano di valore eccedente le lire millecinquecento ». La enumerazione esemplificativa, che ci dà il legislatore delle cause di valore indeterminabile, ci indica che tali si devono ritenere solo quelle, in cui prevalente è l'interesse morale, o che hanno per oggetto cose *extra-commercium*, e quindi non si possono valutare in moneta. Di più, trattandosi di valore *indeterminabile*, è necessario, non solo che esso non sia attualmente determinato, ma neppure facilmente determinabile: il che certo non può dirsi di un fondo sociale, o di una quota sociale.

La terza opinione neppure è da accogliersi. Infatti, due ipotesi

---

(32) Cass. Torino 11 febbraio 1874, *Giur. tor.*, 1874, 371.

(33) App. Genova, 1 ottobre 1887, *Cons. commerciale*, 1888, 12.

(34) Cass. Torino, 3 luglio 1872, *Legge*, 1872, 1, 867.

possono darsi: o l'attore, nella sua domanda, chiede il riconoscimento della esistenza della società o della qualità di socio, e, come conseguenza, il pagamento di una somma determinata, e allora è chiaro che il riconoscimento della società o della qualità di socio è oggetto della domanda, e la causa deve essere valutata alla stregua di esso (art. 72 cod. proc. civ.). Oppure il convenuto citato per il pagamento di una somma eccepisce la inesistenza o nullità della società, o la mancanza della qualità di socio, ed allora si tratta di una *eccezione riconvenzionale,* alla quale non può applicarsi la massima: *il giudice dell'azione è anche il giudice dell'eccezione* (35).

Non resta adunque che la seconda opinione, la quale credo debba essere preferita perchè rispondente ai principii, sia nel caso in cui il riconoscimento della società o della qualità di socio venga chiesto dall'attore, che in quello in cui l'inesistenza dell'una o dell'altra venga eccepita dal convenuto. Solo nel caso in cui nè l'attore chieda il riconoscimento della società o della qualità di socio, nè il convenuto ne eccepisca l'inesistenza, ma la questione si limiti alla somma richiesta, il valore dovrà determinarsi da ciò che viene effettivamente domandato, in virtù del principio: *quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur* (l. 19, § 1 *de jurisdict.*, Dig. II, 1).

In virtù dello stesso principio, quando un socio domandi come parte di utili una somma determinata, ma venga in controversia tutto il conto sociale, la competenza si determina dalla somma richiesta, e non già dall'importo totale del conto (36).

Al contrario, quando gli amministratori o liquidatori chiamino in giudizio più soci per il pagamento della quota sociale, la competenza si determina dalla somma totale richiesta, e ciò perchè si tratta di più domande dipendenti da un unico titolo (art. 73 e 74 cod. proc. civ.) (37).

§ 2. *Il compromesso ed il giudizio arbitrale*

SOMMARIO: 126. Peculiare importanza del compromesso e del giudizio arbitrale nelle società in genere e nelle società commerciali in ispecie. — 127. Svolgimento storico dell'arbitrato in rapporto alle società commerciali: origini e vicende del-

---

(35) V. retro n. 123.

(36) Cass. Napoli, 7 febbraio 1879, *Gazz. del proc.*, 1879, 923.

(37) App. Genova, 10 febbraio 1879, *Giur. ital.*, 1879, I, 2, 502.

126. Parlo del compromesso o del giudizio arbitrale a proposito della competenza, perchè — come ben dice il MATTIROLO — essi costituiscono una vera e propria deroga alla competenza. Se c'è materia in cui l'istituto del compromesso trova applicazione larga e risponde ad un bisogno veramente sentito, è quella della società. È naturale infatti che quando più persone si uniscono in società, pensino di delegare ad alcune altre, scelte di comune accordo, la decisione di tutte le controversie che posson sorgere a proposito del contratto sociale. Ciò specialmente nelle cosiddette società di persone, in cui la reciproca personale fiducia è il fondamento stesso del rapporto contrattuale stabilito. E così vediamo che nelle società, specie in quelle che hanno raggiunto un grado più elevato di organizzazione, per mezzo della personalità giuridica (società commerciali, società di mutuo soccorso, società cooperative), il compromesso diventa un istituto stabile, e si costituiscono collegi di arbitri, detti ordinariamente *probi-viri*, a cui si deferisce la conoscenza di tutte le controversie sociali. Questa peculiare importanza che l'istituto dei giudizi arbitrali assume in rapporto alle società commerciali ha il suo fondamento, oltre che nella necessità stessa delle cose, e nella natura del contratto di società, anche nello svolgimento storico del compromesso e dei giudizi arbitrali.

127. La grande importanza di questo istituto riguardo alle società commerciali risulta evidente da uno sguardo anche rapido alla evoluzione storica di esso, in quella forma particolarissima che assunse fin dal medio-evo di arbitrato *obbligatorio o necessario*. L'arbitrato necessario od obbligatorio sorto nel medio-evo per porre un argine alle eterne e luttuose discordie fra congiunti, passò poi a quella, che si considerava come una specie di famiglia, vale a dire il ceto dei commercianti. Si ordinò cioè che le questioni commerciali (il che è quanto dire le questioni che potevano sorgere tra commercianti) fossero per obbligo sottomesse alla decisione di arbitri (1).

(1) Statuto di Provenza « Idem quia ubi de bona fide agatur, non convenit de apicibus iuris disputare, statuimus quod de causis mercantiarum officiales, vocatis

Tale obbligo era più specialmente imposto per certi rapporti di natura intima e speciale, come nelle liti che potessero sorgere tra i soci di una compagnia commerciale (2) per i quali fu poi definitivamente consacrata dall'ordinanza di Colbert del 1673. L'art. 9 dell'ordinanza stabiliva: « Toute société contiendra la clause de se soumettre aux arbitres, pour les contestantions qui surviendront entre les associés: et encore que le clause fût omise, un des associés en pourra nommer, ce que les autres sont tenus de faire; sinon en sera nommé par le juge pour ceux qui en feront refus ».

L'istituto dell'arbitrato necessario assunse una eccezionale importanza durante la rivoluzione francese, come quello che sembrava la forma più genuina di giustizia democratica: ma gli inconvenienti gravissimi a cui si andò incontro, persuasero ben presto il legislatore francese ad abolirlo del tutto (legge 3 vendemm. e 9 ventoso anno IV). Solo l'arbitrato necessario in materia di società commerciali fu conservato e dalla legge 16 nevoso anno VI confermato espressamente. Il codice di commercio del 1807 lo mantenne in vigore stabilendo all'art. 51: « Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres ». Ma l'arbitrato necessario, che anche ristretto alle sole società commerciali, era stato oggetto di vive censure, non potè resistere a lungo agli attacchi della scienza ed alle proteste della pratica, e colla legge 17 luglio 1856 venne abolito definitivamente. A ragione si rimproverava all'arbitrato coattivo di imbarazzare ed incagliare gli affari, e di mandare in lungo le decisioni delle liti, più che facilitare i primi ed abbreviare le seconde: giacchè se gli associati bene intenzionati usano con vantaggio di questo istituto (e ne avrebbero usato egualmente anche senza la coazione esercitata dal legislatore), i malintenzionati ne abusano per eternizzare le liti (3). « Un tribunale — diceva il TROPLONG — che si crede in diritto di essere più equitativo delle leggi le più equitative del mondo, mi sembra non potersi adattare se non che ad un piccolo numero di questioni e ad interessi di poco

---

mercatoribus expertis, causas ipsas ex non scripto terminent, et decidant, consilium ipsorum mercatorum sequendo ». V. anche editti di Enrico II e Francesco II in FRÉMERY, *Etudes de droit commercial*, Paris, 1833, p. 66 e in RIVALTA, *I giudizi d'arbitri*, Bologna, 1885, p. 200.

(2) V. PERTILE, *Storia della procedura*, Padova, 1885, I, p. 185 e 186. Statuto dei mercanti di Siena del 1644, cap. 12.

(3) CORVETTO, *Discorso al Consiglio di Stato* in LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, Paris, 1811, I, p. 210.

momento. Il movimento delle società di commercio solleva invece questioni abbastanza gravi ed importanti perchè la cognizione di queste debba essere forzatamente tolta ai tribunali ordinari » (4).

128. Queste censure sono certamente fondate. Il concetto di arbitrato necessario contiene in sè una vera *contradictio in adiecto*: infatti, tutto il significato e tutto il valore dell'istituto dell'arbitrato consiste nella volontà delle parti di voler compromettere ad arbitri la questione fra essi vertente: il ricorso spontaneo delle parti a questa forma di giustizia più semplice, più larga, meno dispendiosa, è una garanzia efficace di correttezza, di lealtà, di buona fede. Ma quando la legge impone alle parti una volontà che non hanno, viene a mancare il carattere e la base più spiccata di questo istituto. Ora, siccome l'odiosità di cui l'arbitramento necessario era circondato, traeva seco di necessità anche quello volontario, che pure può essere di grande aiuto alla rapida definizione delle controversie commerciali, la soppressione del primo non può che aver giovato al secondo, e quindi anche alla buona fede nei rapporti mercantili in genere, ed in quelli delle società commerciali in ispecie.

129. Chi è nelle società commerciali che ha la facoltà di compromettere?

Nelle società in nome collettivo ed in quelle in accomandita, se lo statuto sociale, o l'atto di nomina non dispongono altrimenti, non credo che agli amministratori possa spettare la facoltà di fare compromessi. E ciò io non deduco già dall'art. 1741 cod. civ., il quale stabilisce che il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di ordinaria amministrazione. L'art. 1741 infatti qui è fuori di questione, giacchè se si vogliono applicare le regole del mandato non è al mandato civile che si deve ricorrere, ma alle regole che il cod. di comm. (art. 370), stabilisce per il mandato commerciale dell'institore (5). Ma pare a me che anche stando al disposto dell'art. 370 cod. di comm., non possano gli amministratori, senza

---

(4) TROPLONG, *Sociétés*, n. 520. Per la storia delle gravi opposizioni fatte agli arbitrati necessari prima e dopo il codice del 1807, cfr. RIVALTA, *I giudizi d'arbitri*, p. 332 ss.

(5) Cfr. VIVANTE, *Trattato*, I, n. 320, nota 70; TARTUFARI, *Della rappresentanza*, n. 251; VIDARI, *Corso*, I, n. 752; LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 259; TROPLONG, *Sociétés*, n. 681; VAVASSEUR, *Sociétés civiles et comm.*, I, n. 159.

espressa facoltà loro conferita, stipulare compromessi. E valga il vero. Per l'art. 370 il mandato degli amministratori di società in nome collettivo ed in accomandita si deve presumere esteso a tutti gli atti appartenenti e necessari all'esercizio del commercio per il quale la società fu costituita (6). Ora gli atti necessari al commercio, di cui parla l'art. 370, sono gli atti che hanno *direttamente* per oggetto l'esercizio del commercio della società, e non ogni atto in genere che potrebbe essere utile all'esercizio di un'azienda qualunque. Per conseguenza se l'oggetto della società, è la compra-vendita di merci, gli amministratori potranno, s'intende, vendere le merci a loro affidate, perchè l'atto di alienazione ha direttamente per oggetto l'esercizio sociale, ma il far compromessi non ha nulla a vedere coll'esercizio del commercio. Per quanto il compromesso sia un mezzo onde por termine alle questioni, e sia anche preferibile, nel commercio, alle lentezze ed agli intoppi del procedimento ordinario, ciò non basta per renderlo un atto *appartenente* e *necessario* all'esercizio del commercio. Se dunque dall'art. 370 l'amministratore di una società in nome collettivo o in accomandita non può trarre il potere di stipulare compromessi, ne deriva che nessuna disposizione di legge glielo conferisce, anzi che l'articolo 1741 cod. civ. glielo vieta espressamente (7).

Nelle società anonime la norma restrittiva stabilita dal cod. di comm. all'art. 122 per cui gli amministratori non possono fare altre operazioni che quelle espressamente menzionate nell'atto costitutivo, dimostra agevolmente come, nel silenzio dell'atto costitutivo, agli amministratori non spetti in alcun modo il diritto di fare compromessi (8). Passata la società allo stato di liquidazione, i liquidatori possono liberamente far compromessi (art. 203 n. 6 cod. di comm.). S'intende che questi compromessi non possono avere altro oggetto

---

(6) V. gli autori citati nella nota precedente.

(7) TROPLONG, *Sociétés*, n. 690; POTHIER, *Sociétés*, n. 68; DELANGLE, *Sociétés*, n. 148 e 151. Contro: PARDESSUS, *Droit commercial*, IV, n. 1014; BORSARI, *Il cod. ital. di proc. civ. annotato*, I, p. 58; GARGIULO, *Il cod. di proc. civ.*, I, p. 66; AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, n. 49; GALDI, *Comm. al cod. di proc. civ.*, I, n. 81; CHAUVEAU sur CARRÉ, *Lois de la proc. civ.*, Quest. 3251; CUZZERI, *Il codice italiano di proc. civ.*, I, p. 77; LESSONA, *Arbitramento* nell'*Enciclopedia giuridica*, n. 28, p. 585, di cui non riesco però ad afferrar bene la distinzione fra società in nome collettivo e società in accomandita.

(8) LESSONA, *op. cit. loc. cit.*; AMAR, *op. cit.*,; BORSARI, *op. cit. loc. cit.*; CUZZERI, *op. cit., loc. cit.*

che quello il quale costituisce oramai il solo fine della società, cioè la liquidazione (9).

130. Veduto per tal modo quali sono i poteri degli amministratori di società commerciali rispetto al compromesso, passiamo ad alcune questioni che possono sorgere: *a*) sulla portata della clausola compromissoria contenuta in molti statuti ed atti costitutivi di società commerciali; *b*) sulle persone che possono essere nominate arbitri; *c*) sui poteri degli arbitri in caso di scioglimento della società.

a) Il patto compromissorio inserito negli statuti e negli atti costitutivi non ha naturalmente effetto che tra coloro che intervennero o aderirono al contratto sociale, e per le questioni inerenti al contratto medesimo.

Ordinariamente è formulato nel senso che al giudizio degli arbitri sono devolute le questioni sociali (10). Ciò posto, tutte quelle questioni in cui è dubbio se l'attore o il convenuto agisce o è citato in giudizio come socio, e in tale sua qualità, in qual modo dovranno risolversi? L'unico criterio sicuro è per me quello di vedere se il titolo da cui dipende l'azione è il contratto di società, o anche la legge, nelle disposizioni riguardanti i rapporti tra soci. Per conseguenza le questioni relative all'esclusione di un socio per un fatto delittuoso commesso a danno della società rientrano nella clausola compromissoria (11), e vi rientrano anche le questioni relative al valore di una surrogazione (12).

Le questioni che riguardano invece l'esistenza o la validità del contratto non rientrano nella clausola compromissoria, e ciò per la ragione, ben rilevata dal Mattirolo, che la clausola compromissoria presuppone di necessità un altro contratto a cui è annessa e da cui dipende (13): è un patto addetto al contratto: non si può

---

(9) App. Milano, 11 giugno 1888, *Dir. comm.*, 1888, 853; Sraffa, *La liquidazione delle società commerciali*, n. 75.

(10) È questa evidentemente una clausola compromissoria e non un compromesso. Egualmente sarebbe clausola compromissoria e non compromesso il patto corso tra i componenti di una società in liquidazione, di far decidere da arbitri le questioni relative alla gestione sociale: v. App. Venezia, 13 dicembre 1889, *Temi Veneta*, 1890, 17 con nota del Mortara.

(11) App. Genova, 24 febbraio 1893, *Giurista*, 1893, 107.

(12) App. Torino, 15 aprile 1871, *Giur. ital.*, 1871, I, 2, 261.

(13) Mattirolo, *Trattato di dir. giudiziario civile*, I, n. 748.

quindi nello stesso tempo impugnare il contratto ed eseguirne una parte, per la contraddizione che nol consente (14).

131. *b*) Quanto alle persone che possono essere nominate arbitri, sorge un forte dubbio riguardo alla nomina ad arbitri di coloro che rappresentano la società, come il Consiglio d'amministrazione e i liquidatori.

La giurisprudenza è scissa sull'argomento, avendo la Corte di Cassazione di Firenze, con sentenza 23 febbraio 1871 deciso che è valida la clausola compromissoria inserita in uno statuto sociale, con cui si deferisce al Consiglio d'amministrazione la cognizione delle controversie sulla ammissibilità o l'esclusione di un socio (15), e la Corte d'Appello di Genova, con sentenza 10 giugno 1892 ha dichiarato non potere il liquidatore di una società commerciale assumere anche la qualità di arbitro (16).

Il MAURIZI, in una nota alla citata sentenza della Cassazione fiorentina, rileva come la *ratio dubitandi* derivi principalmente da due ragioni: 1° che nessuno *jus sibi dicere potest*, e che se la società può decidere in cose di amministrazione, non può arrogarsi il potere giudiziario in cose che non sono affatto amministrative; 2° che la legge, vietando ai singoli cittadini, di giudicare nelle cause proprie, ha lasciato aperte due sole vie per la decisione delle controversie giudiziarie; quella dei tribunali e giudici investiti di pubblico uffizio, e quella di arbitri eleggibili sì dalle stesse parti, ma nei modi e colle condizioni stabilite dalla legge. Malgrado ciò, il MAURIZI crede che una clausola compromissoria di tal fatta sia valida. « Per vero dire, soggiunge egli infatti, trattandosi di società di commercio, queste due difficoltà non sono forse insuperabili. Il commercio si regola con leggi *ed usi* speciali, e se l'uso di far decidere a questo modo le controversie tra soci esiste, esso probabilmente potrà valere. Le leggi regolatrici del compromesso in materia civile per fermo non ostano agli usi contrari del commercio, e per ciò che riguarda la massima d'ordine pubblico: *nemo sibi jus dicere potest*, essa non sembra violata,

---

(14) Cass. Firenze, 20 giugno 8710, I, n. 180; Trib. Torino, 22 febbraio 1868, *Giur. tor.*, 1868, 252; App. Milano, 24 gennaio 1893, *Giurista*, 1893, 61.

(15) Cass. Firenze, 23 febbraio 1871, *Legge*, 1871, I, 303. V. anche App. Torino, 3 aprile 1888, *Giur. tor.*, 1888, 370, che decise perfino avere il liquidatore di una società commerciale nominato arbitro diritto a separata tassazione di onorari.

(16) App. Genova, 10 giugno 1892, *Giurista*, 1892, 302.

in quanto che lo statuto è accettato liberamente dai soci che si aggregano alla società, e d'altro canto se il potere di giudicare tra soci è dalla società delegato ad un Consiglio, o non vi sarà pericolo che i membri di questo prevarichino per interesse personale (come accadrà se questi membri sono eletti fuori del seno della società) o il pericolo sarà bastantemente remoto, in quanto gli azionisti che fanno parte del detto Consiglio non hanno un interesse esclusivamente personale nelle questioni sociali decise» (17).

Per me credo che la questione non possa essere decisa in modo assoluto. Premetto che ad ogni modo le ragioni addotte dal MAURIZI a sostegno della opinione che ritiene valida la clausola compromissoria sono tutt'altro che decisive. Infatti in questa materia gli usi commerciali non possono derogare al principio: *nemo ius sibi dicere potest,* giacchè non è questo un principio di diritto civile, a cui gli usi commerciali possano fare eccezione, ma un principio di diritto giudiziario, il quale vale tanto per la materia civile, che per la commerciale, ed è per di più d'ordine pubblico. Ciò posto, io credo occorra distinguere il caso in cui gli amministratori o liquidatori siano estranei al contratto sociale, oppure siano vincolati anch'essi dal contratto sociale e si presentino oltre che nella qualità di amministratori, anche nella qualità giuridica di soci.

Nel primo caso il vero punto della questione consiste nel vedere se realmente i terzi amministratori e liquidatori di una società commerciale, facendo da arbitri nelle questioni sociali, giudichino in causa propria. Intanto, non essendovi rispetto ai soci, la persona giuridica società, di cui gli amministratori o i liquidatori siano rappresentanti, non può dirsi che, nel caso in cui il socio singolo si trovi di fronte alla società, questa sia giudice in causa propria. Invece, essendo gli amministratori o liquidatori, rispetto ai soci, i rappresentanti di tutti i soci collettivamente si può dire che qui ci troviamo di fronte ad una condizione speciale di cose. Abbiamo un rappresentante di più persone che è nominato arbitro in questioni che insorgono tra le medesime. Ma in questa posizione io non vedo alcuna violazione del principio: *nemo ius sibi dicere potest,* perchè il rappresentante, nel momento in cui decide come arbitro delle controversie sorte tra gli associati, cessa di essere loro rappresentante per diventare un terzo qualunque. Perchè bisogna intendersi anche sulla portata di questa rappresentanza degli amministratori: essa ha per oggetto solo l'eser-

---

(17) MAURIZI, nella *Legge,* loc. cit.

cizio del commercio della società, e non già la decisione delle controversie che possono insorgere tra i soci. Quando il rappresentante (amministratore o liquidatore) assume le funzioni di arbitro, cessa per ciò solo di essere rappresentante.

Se invece gli amministratori o liquidatori sono soci, essi, spogliati anche del carattere di rappresentanti della collettività dei soci, resteranno sempre soci, e come tali, se giudicassero delle questioni sociali, violerebbero il principio *nemo ius sibi dicere potest.*

132. Circa i poteri degli arbitri, in caso di scioglimento della società, fu sostenuto che gli arbitri incaricati di pronunciare sullo scioglimento di una società commerciale sono autorizzati altresì a provvedere alla nomina degli stralciari (18). Questa opinione non mi pare da accogliersi. Altra cosa è infatti lo scioglimento della società, altra la nomina dei liquidatori; i soci possono benissimo non essere d'accordo sul primo, e voler far decidere la questione da arbitri, ma possono, decisa questa, essere perfettamente d'accordo sulla nomina degli stralciari. E, siccome per l'art. 197 cod. di comm., la nomina per mezzo dell'autorità giudiziaria non è fatta, che nel caso in cui i soci non siano d'accordo, se gli arbitri sono incaricati soltanto di pronunciare sullo scioglimento della società, non si può dire che essi debbono decidere anche sulla nomina dei liquidatori. A ciò si aggiunga che ogni giudizio arbitrale presupponendo di necessità una *controversia* (19), e il fatto della controversia sullo scioglimento non importando la controversia sulla nomina dei liquidatori, ne deriva che non è possibile che gli arbitri incaricati di decidere sullo scioglimento, pronunzino anche sulla nomina. Si ricade quindi nelle disposizioni generali dell'art. 197 cod. di comm.

---

(18) App. Genova, 4 dicembre 1893, *Temi genovese*, 1894, 13; App. Genova, 26 febbraio 1897; *Gazzetta giudiz. di Genova*, 1897, 69.

(19) MORTARA, *Manuale della procedura civile*, II (1ª ediz., Torino, 1889), n. 1037.

Capitolo Secondo

COSTITUZIONE ED ISTRUZIONE DEL GIUDIZIO

§ 1. – *La citazione.*

Sommario: 133. A) *Forma dell'atto di citazione.* Indicazione del nome del rappresentante nelle citazioni delle società commerciali: posizione della questione. — 134. *a*) Teoria assoluta nel senso della non necessità della indicazione del rappresentante e sua confutazione. — 135. *b*) Teorie intermedie: 1) teoria del Mattirolo. — 136. Confutazione della teoria del Mattirolo. — 137. 2) Teoria della Corte d'Appello di Milano. Critica generale di ambedue le teorie. — 138. *c*) Teoria assoluta nel senso della necessità della indicazione del rappresentante. Caso della società collettiva dei soci. — 139. Caso della società persona giuridica. Chi è *parte* nei giudizi delle società commerciali: gli art. 133 n. 3 e 134 n. 1 cod. proc. civ. — 140. La necessità della indicazione del rappresentante risulta dai precedenti storici e dalla natura stessa della citazione e dal sistema della legge. — 141. Società convenuta. Carattere storico e razionale della citazione. — 142. Il sistema della legge. — 143. Società attrice. La necessità della indicazione del rappresentante risulta egualmente dalla natura e dallo scopo della citazione.— 144. Chi è il rappresentante che deve essere indicato. — 145. Come deve essere indicato il rappresentante. — 146. Indicazione del rappresentante nell'atto d'appello. — 147. B) *Notificazione della citazione.* — 148. Nullità della citazione.

133. Il n. 3 dell'art. 133 e il n. 1 dell'art. 134 cod. proc. civ. richiedono che la citazione, sia essa fatta per semplice biglietto o per atto formale, contenga l'indicazione del *nome e cognome dell'attore e del convenuto*. Ora, se la citazione è fatta ad istanza di una società commerciale, o contro di essa, come si potrà ubbidire al precetto della legge? L'importanza della questione deriva sia dalla sua intrinseca natura, che dalle gravi sanzioni comminate dal legislatore nel numero 2 dell'art. 145 cod. proc. civ., per il caso in cui nella citazione manchi una delle indicazioni prescritte dagli art. 133 e 134. Infatti: il precisare chi sono le parti che devono comparire nel giudizio è della maggiore importanza, anzi è essenziale per la costituzione del medesimo. L'incertezza delle persone, fra cui la controversia si agita, rende impossibile la definizione di essa da parte del magistrato, e può dar luogo ad innumerevoli questioni e litigi, senza contare che

diverrebbe illusoria l'autorità della cosa giudicata. In secondo luogo l'art. 145 n. 2 stabilisce che la citazione è nulla... se per la inosservanza delle altre norme stabilite dagli art. 133 e 134 vi sia incertezza assoluta sulle persone.

Come si vede, l'importanza teorica e pratica della questione è considerevole. Del che fanno fede i numerosi e contraddittori giudicati dei tribunali, e i vari responsi della dottrina. Premetto che riguardo alla *notificazione* della citazione ad una società commerciale non v'è questione. Tutti infatti sono d'accordo nel ritenere che nella relazione dell'usciere attestante la fatta consegna dell'atto di citazione, deve essere indicato non solo la denominazione della società, ma anche il nome e cognome di chi la rappresenta in giudizio (1).

Le discrepanze cominciano quando si tratti di decidere se nell'atto di citazione in senso stretto, fatto sia ad istanza che contro una società commerciale deve essere indicato, oltre alla società, colla ragione sociale, se in nome collettivo ed in accomandita, o col nome speciale assunto, se anonima, anche il nome e cognome dell'amministratore o dell'altra persona che la rappresenta in giudizio.

Divido le varie dottrine sorte al riguardo in tre categorie, ognuna delle quali comprende varie teorie secondarie, modificazione di una delle tre principali.

134. A) *Teoria assoluta nel senso della non necessità della indicazione del rappresentante.*

È questa — si può dire — la *communis opinio*, almeno in giurisprudenza (2). Gli argomenti sopra cui si fonda sono i seguenti. An-

---

(1) In questo senso è unanime la giurisprudenza. V. ad es. da ultimo App. Genova 16 maggio 1897, *Procedura*, 1897, 302; App. Genova 28 ottobre 1897, *Procedura*, 1897, 783.

(2) GARSONNET, *Traité de la procedure civile*, II, p. 140; Cass. Torino, 4 luglio 1877, *Giur. tor.*, 1877, 657; Cass. Roma, 13 novembre 1882, *Temi Romana*, 1883, 86; Cass. Roma, 13 maggio 1887, *Corte Suprema di Roma*, XII, 300; Cass. Torino, 13 luglio 1892, *Giur. tor.*, 1892, 550 con nota adesiva; Cass. Torino, 21 febbraio 1894; *Mon. trib. mil.*, 1894, 464; Cass. Torino, 13 marzo 1896, *Giur. tor.*, 1896, 304; Cass. Torino, 24 novembre 1896; *Giur. tor.*, 1896, 807; App. Genova, 26 marzo 1897, *Procedura*, 1897, 302. V. anche G. GIRIBALDI, nella *Gazz. giud.* di Genova, 1897, 41 ss. In questo senso anche la prevalente giurisprudenza francese: Cass. francese, 11 agosto 1880, *Sirey*, 1882, 1, 176; 23 novembre 1880, *Journ. du Palais*, 1881, 1, 1051; 28 giugno 1893, *Sirey*, 1895, 1, 260; 15 gennaio 1896, *Journ. du Palais*, 1896, 1, 77. V. però contro App. Poitiers, 18 luglio 1894, *Journ. du Palais*, 1896, 1, 77.

zitutto — si dice — nessuna disposizione del codice di procedura civile esige che nella parte della citazione contenente la evocatoria in giudizio di una società commerciale si descrivano il nome ed il cognome della persona fisica che la rappresenta (3). Si dice in secondo luogo che, posto che nessuna disposizione speciale alla citazione fatta ad istanza o contro di una società commerciale esiste nel codice di procedura, si dovranno per analogia applicare i principi vigenti per le persone fisiche, e, come per questa la indicazione si fa esprimendone il nome e cognome, così per le società di commercio si fa esprimendone la legittima denominazione (4). Ancora si nota che la persona del rappresenante è affatto estranea alla *in ius vocatio*, perchè la persona da citare è l'ente sociale, identificato colla sua speciale denominazione. Infine si osserva che l'art. 145 cod. proc. civ. commina la nullità della citazione solo quando vi sia incertezza sulla persona dell'attore o del convenuto, mentre nessuno vorrà mai sostenere che vi sia incertezza sulla designazione di una società commerciale, indicata colla sua denominazione, senza quella della persona che la rappresenta (5).

Queste ragioni non reggono, sia di fronte al testo della legge, che di fronte ai principi che governano l'istituto della citazione. Ed infatti: dire che la legge non ha espressamente dichiarato che nelle citazioni fatte a società commerciali o da società commerciali, deve essere indicato il nome e cognome del rappresentante, non è risolvere la questione, perchè questa consiste appunto nel ricercare se la legge, agli art. 133 e 134 cod. proc. civ., ha voluto che tale indicazione fosse data, prescrivendo che *la citazione deve contenere il nome e cognome dell'attore, o del convenuto*. Senza fondamento quindi si palesa anche la seconda obiezione; essendo evidente che non è un risolvere la questione circa l'applicazione della disposizione degli art. 133 e 134 cod. proc. civ., riguardanti le persone dell'attore o del convenuto, ma uno spostarla assai stranamente, il decidere che gli articoli citati, i quali valgono per le persone fisiche, si possono applicare anche alla società. Ma appunto se per le sole persone fisiche tale disposizione fosse sancita, noi volevamo sapere! È vero poi che convenuto od attore è sempre la società commerciale e non il rap-

(3) Cass. Torino, 13 luglio 1892, *Giur. tor.*, 1892, 550; Cass. Torino, 3 settembre 1896, *Giur. tor.*, 1896, 630; Cass. Torino, 13 marzo 1896, *Giur. tor.*, 1896, 304.

(4) Nota della *Giur. tor.*, 1892, 550.

(5) Cass. Torino, 14 novembre 1896, *Giur. tor.*, 1896, 807.

presentante, ma ciò non importa che il nome del rappresentante non debba essere indicato nella citazione, perchè anche chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante (art. 136 cod. proc. civ.), benchè non il rappresentante, ma l'incapace sia il convenuto. Alla ultima obiezione si può anche rispondere facilmente. Infatti, l'art. 145 cod. proc. civ. commina la nullità, non quando vi sia incertezza sulla persona dell'attore o del convenuto, ma in genere quando vi sia incertezza *sulle persone*. Ora, posto che la società commerciale deve essere indicata non solo col suo nome, ma anche con quello della persona che la rappresenta, è chiaro che, mancando l'indicazione di quest'ultima, si ha appunto quella incertezza sulle *persone*, che per l'art. 145 è causa di nullità.

135. B) *Teorie intermedie*. Queste teorie distinguono il caso in cui la società commerciale sia attrice, da quello in cui sia convenuta: ma, mentre alcuni richiedono l'indicazione del rappresentante solo nel primo caso, altri la richiedono solo nel secondo. La prima teoria è sostenuta molto autorevolmente dal MATTIROLO: la seconda fu di recente emessa dalla Corte d'Appello di Milano (6).

a) Il MATTIROLO dice: « Se l'ente (società commerciale) è *attore*, il convenuto ha diritto di sapere se l'attore è legalmente rappresentato, se cioè la citazione è stata fatta da chi ha la legittima potestà di istituire il giudizio in nome dell'ente. Ora egli è manifesto che se nell'atto è detto soltanto che la citazione si fa ad istanza del comune *A*, della provincia *B*, dell'opera pia *C*, il convenuto non ha modo, dall'atto che gli viene notificato, di avere la detta cognizione... Ma poichè — da un lato la rappresentanza è inerente all'ufficio, anzichè all'individualità fisica a cui l'ufficio spetta e, d'altro canto, l'art. 145 del cod. proc. civ. dispone che l'atto di citazione non è nullo per mancanza di indicazione dei nomi delle parti, *salvo quando vi sia assoluta incertezza sulle persone che devono stare in causa* — crediamo bastare che il rappresentante dell'ente attore sia designato nell'atto di citazione con la sola indicazione dell'ufficio che esso riveste, ossia della qualità in forza di cui promuove il giudizio ».

Se invece la società è convenuta, il MATTIROLO richiede bensì l'indicazione del rappresentante per la *notificazione*, ma non per la citazione. « La persona da citarsi — dice egli — è l'ente, onde nel sistema razionale secondo cui l'atto di citazione consta di due

(6) 1 dicembre 1896, *Procedura*, 1897, 125.

parti, l'una opera dell'attore (libello), l'altra dell'usciere (notificazione del libello), basterà che l'attore diriga la citazione all'ente, designandolo colla denominazione, ossia col titolo che gli è proprio: è questo il *nome* del convenuto, richiesto dall'articolo 134 cod. proc. civ., e l'ente convenuto deve sapere come e da chi debba farsi rappresentare in giudizio » (7).

136. D'accordo col MATTIROLO che nella notificazione il nome del rappresentante è sempre necessario: d'accordo con lui che è necessario nella citazione quando la società è attrice, ma non mi sembra che possa farsi una differenza sostanziale nel caso in cui la società è convenuta. La ragione del mio dissenso dipende da ciò che non credo decisivo il punto di vista da cui è partito il MATTIROLO, sia per richiedere la indicazione del rappresentante nella citazione quando la società è attrice, che per non richiederla quando la società è, invece, convenuta. La *ratio decidendi* per il MATTIROLO è la necessità che le parti, fra cui si istituisce il giudizio, conoscano reciprocamente, e ciò dal solo atto di citazione, la loro rispettiva condizione giuridica nel giudizio che si va ad iniziare. Il che posto, il chiaro procedurista ne deduce che, quando la società è attrice, deve il convenuto sapere, dalla sola citazione, se questa è fatta da chi realmente ha potestà di rappresentare in giudizio la società: mentre se la società è convenuta, l'attore non deve preoccuparsi di chi sarà il rappresentante di essa nel giudizio che s'inizia colla citazione: è cosa questa che riguarda esclusivamente la società convenuta.

Dissi che il punto di partenza adottato dal MATTIROLO non mi sembrava decisivo, e in questa opinione mi confermano i seguenti motivi. È vero infatti che dall'atto di citazione il convenuto deve poter trarre gli elementi per giudicare se egli è legalmente citato, ma da ciò non deriva che quando la società è attrice, il convenuto abbia diritto di pretendere che essa inserisca nella citazione la menzione della persona che la rappresenta, mentre invece la stessa società, quando alla sua volta è convenuta, non può pretendere di essere citata colla indicazione dei suoi rappresentanti. Ed invero: siccome la società ha costituito alcune persone a suoi legittimi rappresentanti, e tali persone, per mezzo della pubblicità che accompagna ogni atto della vita sociale, sono note a tutti, così ha diritto di venir citata in persona di questi suoi rappresentanti, nè basta che a questi sia no-

(7) MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, II, p. 109.

tificata, cioè consegnata la citazione. Quindi i motivi che stanno per la enunciazione delle persone dei rappresentanti nel caso di società attrice, stanno anche nel caso di società convenuta onde il criterio adottato dal MATTIROLO non può logicamente, condurre alla distinzione tra l'uno e l'altro caso.

137. *b*) Minor fondamento ancora ha la opinione della Corte di Milano che vorrebbe ristretto l'obbligo della indicazione dei rappresentanti al solo caso della società convenuta. È certo infatti che il caso della società attrice è molto interessante per la indicazione dei rappresentanti, giacchè la necessità per il convenuto di conoscere se egli è legalmente citato dai legittimi rappresentanti della società, è abbastanza evidente, e non meno evidente pel diritto della società convenuta, di essere citata in persona dei suoi legittimi rappresentanti.

In breve, tutti questi sistemi intermedi hanno il difetto comune di non essere fondati sopra un rigoroso principio giuridico, ma sopra un criterio di opportunità di cui si potrà tener conto in una futura revisione della nostra legge processuale, ma che non risponde ad una costruzione scientifica del sistema del legislatore vigente in questa materia. Non si deve dimenticare che la questione di cui qui ci occupiamo riguarda il vedere se, fra le persone la cui indicazione deve figurare nella citazione, e la incertezza sulle quali produce il diritto di nullità dell'atto (art. 145 cod. proc. civ.) ci sono le persone dei rappresentanti di una società commerciale. Su questo punto, e ragionevolmente, convergono le loro ricerche i fautori della terza dottrina, di cui diremo brevemente alcune cose.

138. c) *Teoria assoluta nel senso della necessità della indicazione del rappresentante.* Questa opinione che ha seguito molto autorevole in dottrina, è meno diffusa in giurisprudenza, benchè alcuni recenti giudicati l'abbiano abbracciata (8). Neppure per i seguaci di

---

(8) V.i n questo senso: BORSARI, *Il cod. di proc. civ. annotato*, sull'articolo 134; CUZZERI, *Commento*, sull'art. 134; MORTARA, *Manuale*, I, (2ª ediz.), n .214 e 216 *nota*; Cass. Roma, 8 febbraio 1883, *Temi romana*, 1883, 125; Cass. Napoli, 1 dicembre 1885, *Legge*, 1886, 1, 408, Cass. Torino, 6 maggio 1887; *Giur. tor.*, 1887, 623; Cass. Firenze, 4 febbraio 1889, *Giur. tor.*, 1889, 448; Cass. Roma, 11 giugno 1892, *Legge*, 1892, 2, 618; App. Milano, 23 gennaio 1895, *Mon. trib. mil.*, 1895, 248; Cass. Torino, 18 giugno 1897, *Procedura*, 1897, 587; App. Genova, 31 agosto 1897; *Procedura*, 1897, 771; App. Genova, 17 settembre 1897, *Procedura*, 1897, 775. Nella giurisprudenza francese, App. Poitiers, 18 luglio 1895, *Journ. du Palais*, 1896, 1, 77.

essa può dirsi esservi accordo perfetto, perchè da alcuni si sostiene la necessità della indicazione del nome e cognome del rappresentante, da altri invece si ritiene bastare l'indicazione della sua qualità. Di ciò parleremo in appresso. Vediamo ora anzitutto quale sia il fondamento razionale e positivo della dottrina, alla quale aderisco nel modo più incondizionato.

Noto anzitutto, come non possa esservi questione nei casi in cui la società non è chiamata, nè chiami altri in giudizio, come ente ma come collettività dei soci. In questo caso abbiamo più persone rappresentate da altre, ed è evidente che il nome del mandatario deve figurare nella citazione (9).

139. Più complicato è il caso di citazione riguardante la società persona giuridica. La società, come ente astratto, non può trarre altri, o essere tratta da altri in giudizio che per mezzo dei suoi rappresentanti, nei quali vive e s'incarna. È vero dunque che la persona fisica non è, come tale, nella sua individualità privata, l'attore o il convenuto, ma è senza alcun dubbio l'attore o il convenuto, in quanto rappresenta la società. Per quanto possa sembrare ardita questa affermazione, è certo che un ente astratto, il quale comparisce in giudizio, si difende, domanda, non è concepibile; è concepibile solo una persona fisica che comparisca, domandi o si difenda, in qualità di rappresentante di un tale ente, o, meglio, come incarnazione vivente della persona giuridica (10). Quindi, l'attore o il convenuto, nei giudizi di una società commerciale, è *il rappresentante della società, nella sua qualità di rappresentante.* E così che sia, mi pare che risulti assai chiaramente dalla disposizione dell'art. 332 cod. proc. civ. Quest'articolo dispone che si fa luogo alla riassunzione d'istanza « quando, prima della scadenza del termine per comparire, avvenga la morte o il cambiamento di stato di *una delle parti o la cessazione dall'ufficio per cui doveva comparire in giudizio*, ecc. ».

---

(9) MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, II, n. 109.

(10) La dottrina tedesca ritiene in genere che le persone giuridiche non sono capaci a stare in giudizio: v. WACH, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, p. 540 e 541; RING, *Das Reichsgesetz*, ecc., II, p. 529, il quale dice che la società per azioni è capace ad essere parte, ma non è capace a stare in giudizio. L'espressione però non può dirsi molto felice, in quanto che il concetto di *parte* implica appunto quello di capacità a stare in giudizio. Il vero è che chi sta in giudizio come parte in luogo della società è il rappresentante. Esplicitamente in questo senso la *Civilprozessordnung* austriaca, § 373 cap. 2.

Dunque, chi comparisce in giudizio in virtù di una qualità, di un ufficio, da cui è rivestito, è vera *parte* in causa: è egli stesso attore o convenuto, tanto che la cessazione di tale sua qualità dà luogo alla riassunzione d'istanza, come vi dà luogo la morte o il cangiamento di stato di una delle parti (v. pure art. 333 e 334 codice proc. civ.).

Ciò posto, ne consegue evidentemente che il nome del rappresentante di una società commerciale deve figurare nell'atto di citazione. Essendo questi, nella sua qualità di rappresentante, attore o convenuto nella controversia che si va ad iniziare, la necessità della indicazione della sua persona risulta dagli articoli 133 n. 3 e 134 n. 1, cod. proc. civ.

140. Abbiamo dunque un testo di legge, che interpretato rettamente, risulta formale a favore della opinione che ritiene necessaria l'indicazione del rappresentante nelle citazioni delle società commerciali. Ma, inoltre, stanno a favore di essa i precedenti storici, la natura e lo scopo della citazione, e tutto il complesso del sistema della legge positiva.

141. Facciamo prima l'ipotesi della società convenuta. Scopo della citazione è — e in ciò tutti i trattatisti sono d'accordo — quello di chiamare in giudizio una persona per ottenere da essa, o in difetto, dal giudice, la ricognizione di un diritto controverso o inadempiuto (11). Per l'antico diritto romano la procedura della *legis actio* si iniziava appunto colla *in ius vocatio*, coll'invito cioè che l'attore faceva al convenuto di andare insieme dinanzi al magistrato; se questi rifiutava d'andarci, l'attore faceva ciò constatare dai suoi testimoni, e se indugiava o fuggiva, poteva mettergli le mani addosso e trascinarlo in giudizio colla forza. Le XII tavole dicevano: « *Si in ius vocat, ito: ni it, antestamino. Igitur eum capito. Si calvitur, pedemve struit, manum endoiacito* ». Se il convenuto non poteva recarsi davanti al giudice perchè vecchio o ammalato, l'attore doveva fornirgli la cavalcatura: « *Si morbus aevitasve vitium escit, qui in ius vocabit, iumentum dato* » (12). Il carattere storico e razionale dunque della citazione è quello di un invito a comparire *personalmente* in giudizio: donde la conseguenza che esso deve esser fatto alla persona,

---

(11) Cfr. MATTIROLO, II, n. 92; VITI, *Istituzioni di diritto giudiziario civile*, I, n. 116.

(12) Cfr. COGLIOLO, *Storia del diritto privato romano*, Firenze, 1889, I, p. 212.

la quale deve poi comparire, vale a dire al rappresentante che comparisce in giudizio per l'ente. Nè perchè lo scopo della citazione sia raggiunto, basta che essa sia consegnata materialmente (notificata) a chi rappresenta l'ente. La notificazione è infatti opera materiale dell'usciere, e — come bene osserva il MORTARA — non entrando nell'uffizio di lui di certificare le qualità e le funzioni degli individui con cui il ministero suo lo pone a contatto, non è lecito assumere a prova indiscutibile l'implicita osservazione che egli verrebbe a porre in essere, che cioè è veramente il rappresentante della società quella persona a cui notificò la citazione (13).

142. Del resto, il sistema qui propugnato è anche quello della legge. Questa infatti all'art. 137 cod. proc. civ. stabilisce che la citazione è notificata per le società di commercio a chi le rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale. La legge parla, è vero, solo di notificazione, ma evidentemente ha voluto alludere alla vera e propria *vocatio in ius* della citazione. Che così sia lo dimostra un razionale coordinamento dei vari articoli che riguardano la citazione.

Infatti, la regola generale è posta dall'art. 134, il quale stabilisce che la citazione deve contenere il nome, cognome, residenza, dimora o domicilio del convenuto. È questa l'ipotesi più comune, quella cioè in cui il convenuto sia una persona fisica.

Ma vi sono casi in cui o la persona da citarsi non abbia l'amministrazione dei suoi beni, o questa sia limitata, o manchi chi deve rappresentare la persona. Per questi casi provvede l'art. 136 cod. proc. civ. Vi sono poi casi in cui il convenuto è una società di commercio, o una determinata unione di persone. Per questi provvede l'art. 137. Infine, convenuto può essere il comune, o altro corpo morale, o una delle amministrazioni dello stato. Ed in quest'ultimo caso provvede l'art. 138.

In tutti questi casi, contemplati dagli articoli 136, 137 e 138 cod. proc. civ., benchè (e non molto esattamente) il legislatore adoperi senza distinzione le frasi o di *citazione del convenuto* o di *notificazione*, evidentemente ha voluto riferirsi alla *in ius vocatio* in senso stretto, ha voluto cioè statuire sul punto, a chi debba essere diretta la citazione, allorchè il convenuto si trovi in quelle condizioni spe-

---

(13) MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, n. 216.

ciali, e non in quelle generali di persona fisica *sui iuris* come è preveduto dall'art. 134 cod. proc. civ.

Sono invece gli art. 135, 137, 140 e seguenti cod. proc. civ., che più propriamente riguardano la notificazione materiale dell'atto, opera diretta dell'usciere (14). Prova eloquentissima della giustezza di questa interpretazione io trovo poi nel n. 3 dell'art. 145 cod. proc. civ., il quale dichiara nulla la citazione « se siansi violate le norme stabilite dagli articoli 135, 136, 137, 138, 139 e 140 riguardo alla persona *che deve essere citata* e a quella a cui *deve essere consegnata la copia* ». La distinzione si riferisce evidentemente alle due specie di norme degli articoli 135-140, e cioè, quanto alle persone che devono essere *citate*, agli articoli 136, 137 e 138 (15): quanto alle persone a cui deve essere consegnata la copia, agli articoli 135, 139 e 140.

Un'ultima osservazione. Quand'anche l'art. 137 non alludesse che alla semplice e materiale consegna della citazione, esso costituirebbe sempre una conferma della opinione che il nome del rappresentante deve essere indicato nelle citazioni delle società commerciali. Per l'art. 135 infatti *la citazione deve essere notificata alla persona del convenuto*: e dovendo la citazione per le società di commercio essere notificata a chi le rappresenta come socio o come un amministratore dello stabilimento sociale, ne deriva che chi la rappresenta è considerato dalla legge come il convenuto, e, come tale, il suo nome deve figurare nella citazione (art. 134 n. 1).

143. Se la società è attrice, la necessità che il convenuto sappia chi sia la persona da cui la società è rappresentata, risulta evidente da un doppio ordine di considerazioni, attinenti anch'esse alla natura ed allo scopo della citazione. Infatti, quando manchi nella citazione l'indicazione della persona fisica che rappresenta la società, il convenuto non sa da chi è citato, da chi cioè è invitato a comparire in giudizio, perchè la società in tanto agisce, in quanto agisce per lei il suo rappresentante. E non sapendo chi sia il rappresentante, non può il convenuto sapere se egli è legalmente citato, se è citato cioè da persona che realmente rappresenta la società, ed ha potere di convenirlo in giudizio in nome di essa.

---

(14) V. in questo senso: App. Milano 16 aprile 1894, *Mon. trib. mil.*, 1894, 678; App. Genova, 31 agosto 1897, *Procedura*, 1897, 771.

(15) Mortara, *Manuale*, I, n. 226, 3°.

144. Concludendo, si può dire che tanto la lettera che lo spirito della legge richiedono che la citazione, la quale riguarda, sia come attrice, che come convenuta, una società commerciale, deve contenere l'indicazione della persona da cui questa è rappresentata. La rappresentanza di cui qui si parla è, nel caso della società convenuta, la rappresentanza generica espressa (16) o tacita (17): nel caso della società attrice, se c'è rappresentante *specifico*, è il nome di questo che deve essere indicato. In applicazione di questi principi, non basta che la citazione sia fatta e notificata ad un socio o amministratore qualunque, ma deve essere fatta a quello che rappresenta la società (18). Se i rappresentanti sono più, bisogna distinguere: per le società in nome collettivo ed in accomandita, basta che la citazione contenga il nome di un solo rappresentante, giacchè ognuno di essi può fare separatamente tutti gli atti di amministrazione. (V. retro numero 82); e basta quindi che ad un solo di essi sia notificata (19): per le società anonime invece la citazione deve contenere i nomi di tutti ed essere notificata in tante copie, quanti sono i rappresentanti (20).

145. Dicemmo che la citazione riguardante una società commerciale deve contenere l'indicazione della persona da cui essa è rappresentata. Conviene ora precisare meglio questo concetto, e stabilire in *qual modo* l'indicazione deve essere fatta, se cioè colla enunciazione del *nome e cognome*, oppure solo con quella della *qualità* in forza della quale spetta alla persona indicata la rappresentanza giudiziale della società.

Di regola, io credo che l'indicazione debba farsi, come richiedono gli art. 133 e 134 cod. proc. civ., colla designazione del *nome*

---

(16) V. n. 81. Nel caso in cui nello statuto sociale sia indicata la persona, alla quale è devoluta la rappresentanza *giudiziale*, dovrà la citazione essere ad essa fatta e notificata perchè prevalente nella designazione del rappresentante è sempre lo statuto sociale: Cass. Roma, 23 settembre 1880, *Foro ital.*, 1881, 1, 127; Trib. di comm. di Bologna, 17 aprile 1882, *Riv. giur. di Bologna*, 1882, 255.

(17) Quest'ultima risulta o dallo statuto, o se statuto non c'è, o non è pubblicato, dal fatto di compiere, col con senso anche tacito, dei soci, atti in nome della società.

(18) Cass. Palermo, 11 luglio 1881, *Giur. ital.*, 1881, I, 1, 625.

(19) Trib. di comm. di Torino, 25 novembre 1873, *Giur. tor.*, 1874, 126.

(20) App. Genova, 22 aprile 1890, *Temi genovese*, 1890, 229. Per il diritto germanico basta invece in ogni caso che le notificazioni siano fatte ad un solo dei rappresentanti: C. P. O. § 157 ult. cap. ENDEMANN, *Civilprozess*, p. 531; RING, *Das Reichsgesetz*, ecc., p. 531; HERGENHAHN, *Der Vorstand*, ecc., p. 49.

e cognome. Il rappresentante infatti, come ho già avuto occasione di notare, figura come il vero convenuto e il vero attore nei giudizi della società, e, come tale, egli deve essere indicato nella citazione col nome e cognome (art. 133 e 134 cod. proc. civ.). Inoltre, non sempre la rappresentanza in giudizio è, quanto alle società commerciali (come sarebbe invece per certi enti morali di carattere pubblico, comuni, provincie, opere pie) legata ad una *carica*, ad una *qualità* sociale, ma può avvenire anche (per essere esse enti e collettività di puro diritto privato) che per volontà dei soci sia delegata ad un'altra persona, a cui nessuna altra qualifica è inerente. In questo caso è chiaro che non si potrebbe in alcun modo supplire colla indicazione della carica a quella del nome e cognome. Questo, in tesi generale. Ove però, colla sola indicazione della qualifica, si potesse chiaramente individuare il rappresentante della società, dovrebbe la citazione dichiararsi valida, a termini dell'art. 145 n. 2 cod. proc. civ. Il giudizio sull'esistenza di questa condizione di fatto è riservato naturalmente all'apprezzamento incensurabile dei giudici del merito.

146. Come è noto, la citazione in senso proprio, è l'atto introduttivo del giudizio, ma con atto di citazione deve essere proposto anche l'appello principale (art. 486 cod. proc. civ.). Di conseguenza, anche l'atto d'appello deve contenere, oltre alla indicazione della società, quella della persona che la rappresenta. Tuttavia, un dubbio è sorto nel caso in cui in tutto il corso precedente della causa, la società si sia da sè stessa qualificata nella citazione e negli atti in generale col solo titolo, senza indicazione alcuna dei suoi rappresentanti.

In tal caso si è detto che un altro elemento doveva ritenersi sopravvenuto, in forza del quale l'atto d'appello è perfettamente valido, anche senza l'indicazione del nome del rappresentante. E ciò in virtù del principio: *in iudicio quasi contrahitur: sicut in stipulatione, ita in iudicio contrahitur* (21). « È ben vero — diceva di recente la Corte d'Appello di Genova — che l'art. 136, senza far distinzione, prescrive doversi per la società di commercio la citazione notificare a chi la rappresenta come socio od amministratore: ma quando una ditta, dopo la introduzione di un giudizio contro di lei promosso, essa stessa, a sua volta, facendosi attrice, sottace il suo rappresentante, e sotto la semplice denominazione sociale fa sì che riceve la

---

(21) 1, 3, § 1 *de peculio*, Dig. XIV, 3.

notificazione degli atti giudiziali, e solo in appello, per liberarsi dal gravame avversario, ne pretende la irricevibilità per mancata indicazione del socio o amministratore che la rappresenta, non si rende più logicamente applicabile la citata disposizione di legge, che contempla l'atto introduttivo del giudizio; e l'art. 486 che vi si riferisce deve rettamente essere inteso nel senso, che le società di commercio saranno citate in appello in persona del loro rappresentante, sempre quando una tale indicazione appaia dagli atti della causa di primo grado » (22).

Non posso in alcun modo consentire nel ragionamento della Corte genovese, il quale fa una poco logica applicazione del principio che pure — nella prima parte della sentenza — essa ammette esplicitamente, circa la necessità della indicazione del rappresentante nelle citazioni delle società commerciali.

Anzitutto la soluzione della Corte è — a mio parere — in aperta contraddizione con quanto dispone l'art. 57 cod. proc. civ. Questo articolo stabilisce i casi in cui la nullità di un atto non può essere efficacemente opposta. Ciò avviene: 1) quando la violazione o l'omissione delle formalità stabilite dalla legge a favore di una delle parti, viene opposta dall'altra; 2) quando la parte, o chi agisce per essa, vi abbia dato causa; 3) quando essa vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato (23). Questi i tre soli casi, tassativamente indicati dalla legge, nei quali la nullità non può essere opposta: in tutti gli altri la nullità deve potersi liberamente eccepire. Al che non ostando la legge, neppure può ostare il quasi contratto giudiziale. È vero infatti che — come nota il MATTIROLO — per l'intima analogia che corre tra i contratti e i giudizi, *in iudicio quasi contrahitur* (24); ma, non mi pare che, nel caso concreto, tale principio possa trovare una giusta ed utile applicazione.

In che cosa consisterebbe infatti, secondo la Corte di Genova, il vincolo quasi contrattuale creato dal giudizio, quando durante il corso di esso, la parte che avrebbe dovuto esser citata colla in-

---

(22) App. Genova, 31 agosto 1897, *Procedura*, 1897, 771. Conforme, App. Genova, 17 settembre 1897, *Procedura*, 1897, 775.

(23) Il caso dell'art. 190 cod. proc. civ. in cui è detto che le nullità della citazione sono sanate colla comparizione del citato è un vero e proprio caso di *rinunzia tacita*, perchè l'atto di comparire è incompatibile colla volontà di conservare il diritto all'azione di nullità. Certo per una svista l'illustre MATTIROLO, *Trattato di dir. giudiz. civ.*, II, n. 215, chiama il caso dell'art. 190, un caso di *rinunzia presunta*.

(24) MATTIROLO, *op. cit.*, II, n. 69, nota 1.

dicazione, è comparsa sempre, sia come attrice che come convenuta, senza tale indicazione? Evidentemente consisterebbe nell'essersi essa tacitamente obbligata, verso l'altra parte, a riconoscere come validi gli atti di procedura, fatti in suo confronto, senza l'indicazione della persona fisica che la rappresenta. Ora io nego assolutamente che il quasi contratto giudiziale possa riguardare il caso in esame. La volontà infatti della società di non valersi del diritto di eccepire le nullità derivanti dai difetti di forma dell'atto d'appello si vorrebbe dedurre: 1) dall'essersi essa stessa indicata sempre senza il nome del suo rappresentante; 2) dal non avere eccepito la nullità degli atti intimatile senza una tale indicazione. Ma, quanto al primo caso, mi sembra pericoloso inferire dal fatto che la società ha violato la legge a danno altrui, una volontà a voler permettere che altri violi la legge a danno suo. Quanto al secondo l'unica volontà che la società ha legalmente dimostrato è quella di rinunzia al diritto che avrebbe avuto, di far dichiare nullo l'atto non contenente l'indicazione del rappresentante (art. 100 cod. proc. civ.) e non già quello di rinunzia al diritto di opporre la nullità di tutti gli atti egualmente difettosi che la controparte potesse intimarle durante lo svolgimento ulteriore della lite. La volontà quindi di obbligarsi a non eccepire le nullità derivanti da quel tale difetto di forma, è tutt'altro che dimostrata. Ora nei giudizi, come nei contratti, il vincolo giuridico non sorge che riguardo a quell'oggetto sopra il quale apparisce che le parti abbiano voluto accordarsi (art. 1138 cod. civ.) (25).

147. La notificazione della citazione ad una società commerciale si fa consegnandone una copia personalmente a chi la rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale (articoli 135 e 137, n. 1 cod. proc. civ.). È questa la forma di notificazione per eccellenza, la quale dà la certezza assoluta che l'atto sia pervenuto nelle mani di chi doveva riceverlo. Ma non sempre una tal forma di notificazione è — nella pratica — possibile. Onde il legislatore ha saviamente stabilito che, se la citazione non si possa notificare alla persona del rappresentante della società, deve notificarsi alla casa in cui risiede l'amministrazione della società, o, in difetto, nella casa in cui il rappresentante ha la sua residenza. Quanto

---

(25) La letteratura sul quasi contratto giudiziale è scarsa: v. SERRA, *Il quasi-contratto derivante della contestazione della lite* nella *Giurispr. ital.*, 1889, IV, 33 ss. e più di recente LAROSA, *La contestazione della lite*, Catania, 1897.

alle persone a cui, in questi casi, deve essere consegnata la citazione, valgono i principi generali (art. 139 e segg. cod. proc. civ.).

Se la società è in liquidazione, continuando essa ad esistere, deve la citazione essere notificata, prima che alla residenza dei liquidatori, a quella dell'amministrazione della società (26).

148. *Nullità.* Se la citazione è fatta da chi non aveva facoltà di rappresentare la società, o a chi non aveva tale facoltà, essa deve dichiararsi nulla.

Scopo ultimo della citazione è quello di procurare al giudizio il contraddittorio delle parti (27), ma il citare e l'essere citato in nome di un altro, non avendo facoltà di rappresentarlo, non può condurre mai allo scopo di dar luogo ad un giudizio contraddittorio. Anzi in questo caso la citazione, meglio che *nulla*, si dovrà dire *inesistente*, come quella che manca del suo primo e naturale elemento: l'essere fatta a chi o ad istanza di chi poteva legalmente esserlo (28).

§ 2. – *L'intervento in causa.*

SOMMARIO: 149. Intervento del socio nelle cause della società. Opinione negativa dello SRAFFA e del SABBATINI. — 150. Distinzione da farsi fra cause vertenti tra la società ente e i terzi, e cause vertenti tra la società collettività dei soci e il socio singolo come tale (per rapporti sociali). — 151. Quanto alle prime c'è nel socio non solo la qualità di terzo, ma anche l'interesse diretto ad intervenire (art. 201 cod. proc. civ.). — 152 Intervento di un socio nei giudizi della società contro terzi (cioè per rapporti non sociali) dopo lo scioglimento e la messa in liquidazione. — 153. Intervento della società nelle cause del socio.

149. Riguardo all'intervento in causa si deve distinguere: se si tratta dell'intervento di un socio nelle cause della società, ovvero dell'intervento della società nelle cause di un socio.

Circa l'intervento del socio nelle cause della società, l'opinione prevalente è che esso non sia ammissibile. « Per ammettere l'intervento — dice lo SRAFFA — è necessario che la causa sia vertente fra altre persone (art. 201 codice di procedura civile), e non basta

---

(26) App. Genova, 22 aprile 1890, *Temi genovese*, 1890, 299.

(27) MORTARA, *Manuale*, I, n. 203.

(28) MORTARA, *Manuale*, I, n. 226, n. 3; MATTIROLO, *Trattato*, II, n. 67; App. Bologna, 20 dicembre 1885, *Foro ital.*, 1886, 1, 447; Cass. Torino, 22 febbraio, 1896, *Giur. tor.*, 1896, 293.

che l'interveniente vi abbia interesse: ora non ci sembra che il socio sia terzo quando è in causa la società, bensì, sia già virtualmente parte in causa, e vi agisca per mezzo di legittima rappresentanza (1) ».

Il chiarissimo prof. SRAFFA dunque nega che la società sia un'altra persona rispetto al socio. Invece il prof. SABBATINI nega anche che il socio abbia un interesse diretto ad intervenire nella controversia. Egli realmente non parla di società, ma di qualunque collettività od ente morale in genere: onde la sua opinione deve necessariamente estendersi alle società commerciali. « Allorquando una corporazione — dice l'egregio procedurista, — un ente collettivo qualsiasi, è attore o convenuto in un giudizio, esso deve esservi legalmente rappresentato, e poichè la rappresentanza di un corpo morale si estende a tutte le persone che ne fanno parte; poichè queste, o per legge o per volontà propria (2), hanno affidato ad altri la tutela dei loro diritti comuni, non possono più avere un interesse diretto nella controversia, per quanto effettivamente sia per arrecar loro danno la sentenza profferenda. L'individuo, lo si sa bene, sparisce di fronte all'ente (3). »

Quindi, delle due condizioni che, a termini dell'art. 201 cod. proc. civ., sono necessarie perchè possa darsi l'intervento *volontario*, e cioè: *a*) l'interesse diretto nell'interveniente; *b*) la lite vertente tra altre persone, nessuna concorrerebbe nel caso dell'intervento di un socio nella causa della società.

150. Non posso consentire in questa opinione, almeno nei termini assoluti con cui è formulata dai chiarissimi professori SRAFFA e SABBATINI.

a) Essendo la società commerciale, rispetto ai terzi, una persona giuridica distinta dai soci, è evidente che non i soci, ma l'ente società, è rappresentato nei giudizi coi terzi. Il socio quindi non può dirsi virtualmente parte in causa, perchè egli è perfettamente estraneo alla controversia. È vero che, in questo caso, il suo inte-

---

(1) SRAFFA, *La liquidazione*, n. 54; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, p. 530; App. Brescia, 30 giugno 1869, *Annali*, 1870, 2, 291. Per l'intervento del socio invece: ECCIUS, *Die Stellung der offen Handelsgesellschaft als Prozesspartei*, nella *Zeitschrift für das ges. Hand.*, XXXII (1886), p. 16 e 17.

(2) Qui si allude evidentemente alle società commerciali.

(3) SABBATINI, *Su l'intervento in causa*, Torino, 1881, p. 39 e 40.

resse è identico a quello della società, ma ciò non basta per dire che egli è rappresentato in giudizio da chi rappresenta la società.

Diversamente è a dirsi delle controversie che la società, come collettività di soci, può avere con uno o più soci, nella loro qualità di soci, cioè in dipendenza del contratto sociale. In questo caso sì, il socio è non solo virtualmente, ma direttamente rappresentato in giudizio dalla rappresentanza sociale, tanto che — come vedremo — la sentenza pronunziata contro la società, fa stato anche rispetto al socio. Questi dunque non potrà di regola intervenire nella controversia. Dico di regola, cioè nel caso in cui il socio voglia intervenire *ad adiuvandum* i diritti della società. Se invece anch'egli vuole insorgere contro la società, al pari del socio ribelle, potrà liberamente farlo, perchè col fatto del dissenso egli si pone in opposizione col restante dei soci, e cessa quindi di essere rappresentato in giudizio dai rappresentanti della società (4).

151. *b*) Ora, posto che nei rapporti coi terzi (non sociali) i soci non sono rappresentati in giudizio dai rappresentanti della società, ne deriva logicamente che essi hanno un interesse *diretto* ad intervenire.

Il socio non ha, come crede il SABBATINI, diritti *comuni* colla società: costituendo questa una individualità distinta da quella dei soci, avrà anche diritti distinti dai diritti dei soci. Si potrà quindi parlare di diritti dipendenti da un eguale interesse, non di diritti comuni, nel senso di diritti che appartengono contemporaneamen-

---

(4) Il RING invece, *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Akitien und die Aktiengesellschaften*, Berlin, 1892, 93. II, p. 463, concede all'azionista di una società anonima il diritto d'intervenire sia *ad adiuvandum* che *ad infringendum* i diritti della società, nel giudizio intentato da un socio per impugnare una deliberazione dell'assemblea generale, ed anche nel giudizio intentato nella società contro un socio (II, p. 491). Ma più esatta mi sembra la distinzione accennata nel testo, la quale è del resto fatta molto bene dello stesso RING, I, p. 100 a proposito dei giudizi intentati dalla collettività degli accomandanti di una società per azioni contro il socio responsabile illimitatamente, « Da die Kommanditistengesammtheit nicht juristische Person, ja nicht einmal selbständig im Sinne des art. 111 H. G. B., sondern, nur zum Zwecke der Ausübung und Verfolgung gewisser Rechte organisirt ist, erhebt durch dem Auffichtsrath *jeder Kommandist* gegen die persönlich haftenden Gesellschafter Klage. Hieraus folgt: eine Intervention des Einzelnkommanditisten auf Seiten der persönlich haftenden Gesellschafter ist unzulässig, weil der Kommanditist nicht zugleich klagen und dem Beklagten beitreten kann: eine *Intervention auf Seiten der Kläger ist unzülassig, weil der Kommanditist nicht sich selbst beitreten kann* ».

te al socio ed alla società. Ma se i diritti della società non sono anche diritti del socio, ciò non toglie che il socio abbia non solo interessi, ma diritti che dipendono da quelli della società, e che sono con questi strettamente connessi. Così noi sappiamo che nelle società in nome collettivo le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di tutti i soci, che nelle società in accomandita le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di uno o più soci accomandatari, e dalla responsabilità di uno o più soci accomandanti limitata ad una somma determinata, ed infine che nelle società anonime le obbligazioni sociali sono garantite limitatamente ad un determinato capitale, ed ogni socio è obbligato per la sua quota od azione (art. 76 n. 1°, 2° e 3° cod. di comm.). Ora come si vorrà dire che i soci, i quali rispondono delle obbligazioni dell'ente giuridico società, non sono interessati direttamente nelle controversie della società?

Tutto quello che è stato detto finora dell'intervento *volontario* di un socio nel giudizio della società, vale anche per l'intervento *coatto*, e per l'intervento ordinato dal giudice, perchè il socio, nella lite vertente tra la società ed un terzo, è alla sua volta un vero terzo (art. 203 e 205 cod. proc. civ.).

152. Debbo ora notare un grave errore in cui è caduto il Tribunale di commercio di Venezia, decidendo, con sentenza 1° luglio 1886, che il socio non può intervenire nel giudizio iniziato o proseguito dal liquidatore della società, dopo lo scioglimento e la messa in liquidazione di questa. Sentiamo come ragiona la sentenza citata: «... principio fondamentale dell'istituto della liquidazione, emergente dall'art. 198, è che con l'assunzione dell'ufficio da parte dei liquidatori cessi l'ingerenza dei soci nelle operazioni sociali, principio confermato dalle facoltà che la legge riserva ai soci durante la liquidazione e dopo di essa con gli articoli 199, 200, 201, 208. L'intervento del socio contraddirebbe a questo principio, mentre sotto forma di far valere interessi peculiari e specifici, il socio non può rientrare ad una parte nell'esercizio delle azioni sociali, che la legge vuole affidata al liquidatore, unico rappresentante della società e dei soci. Nè ad avviso diverso può condurre la circostanza che si tratti di azioni già iniziate al tempo della deliberata liquidazione, mentre per queste il liquidatore ha secondo sua scienza e conscienza, la facoltà, o di proseguire in giudizio, nel qual caso egli solo rappresenta la società: o di convenire nelle medesime, comprendendo

il risultato della convenzione della liquidazione, nel qual caso al socio o soci che si ritenessero gravati spetteranno a suo tempo le azioni di cui all'art. 208, se e come di ragione » (5).

L'errore del Tribunale di commercio di Venezia è manifesto; esso confonde l'intervento in causa del socio colla rappresentanza in giudizio della società. La rappresentanza in giudizio spetta, è vero, esclusivamente, ai liquidatori, in forza dell'art. 198 cod. di comm. Ma questo non toglie che altri, non come *rappresentante*, ma come *terzo*, possa intervenire nella lite. Se la società è rappresentata dal liquidatore e solo dal liquidatore, è questa una ragione di più, per ammettere che il socio, il quale non è rappresentato dal liquidatore, possa intervenire nel giudizio da questi iniziato o proseguito. Mi fa meraviglia quindi che il chiarissimo prof. SRAFFA, il quale ha così bene dimostrato la permanenza della personalità giuridica della società durante la liquidazione, riporti ed approvi una sentenza che, dichiarando non potere i soci intervenire nei giudizi della società per essere questa rappresentata esclusivamente dai liquidatori, viene in definitiva, a stabilire che i liquidatori sono i rappresentanti dei soci, e non dell'ente giuridico società.

153. Diciamo infine qualche cosa dell'intervento della società nelle cause del socio. Che in questo caso vi sia il giudizio vertente tra *altre persone* (art. 201 cod. proc. civ.) e la qualità di *terzo* nell'interveniente (art. 203 e 205 stesso codice), non mi pare si possa revocare in dubbio. Per darsi poi l'intervento volontario, non basta un interesse generico, come quello avente per iscopo d'impedire la formazione di un precedente o di una giurisprudenza contraria agli interessi della società, ma occorre un interesse diretto (6). Così ad esempio la società potrà intervenire in tutti i giudizi contro il socio intentati, da cui possa derivare una diminuzione del patrimonio di questi, mettendosi in pericolo le quote non ancora conferite.

§ 3. — *La prova*

SOMMARIO: 154. A) *Ammissibilità dei vari mezzi di prova in generale*. I requisiti di forma e di pubblicità sono necessari per l'esistenza o la prova delle società commerciali? — 155. Distinzione tra l'ente società ed il contratto sociale: sono neces-

---

(5) Trib. di comm. di Venezia, 1 luglio 1886, *Temi veneta*, 1886, 534.

(6) SABBATINI *L'intervento in causa*, pag. 40 e 41.

sari per l'esistenza dell'ente, non sono necessari per l'esistenza del contratto. — 156. Ma quanto al contratto, l'atto scritto almeno sarà necessario? e necessario *ad probationem* o *ad substantiam*? Opinione del MATTIROLO. — 157. Confutazione. — 158. Soluzione della questione: l'atto scritto è necessario ad *probationem*. — 159. Ma la prova testimoniale è ammessa solo nei limiti del codice civile. — 160. Lo stesso è per le associazioni commerciali. — 161. Lo stesso è per alcuni fatti (mutazione, recesso, esclusione dei soci, ecc.) per cui la legge richiede l'atto scritto. — 162. B) *Formazione della prova*. Prova scritta: i libri sociali. — 163. Prova testimoniale. — 164. Giuramento: capacità del rappresentante a deferire o accettare il giuramento. — 165. Giuramento: fatti compiuti non dal rappresentante attuale, ma dal predecessore. — 166. Confessioni ed interrogatorio.

154. A) AMMISSIBILITÀ DEI VARI MEZZI DI PROVA IN GENERALE. Per il diritto romano il contratto di società non era legato ad alcuna forma: *Societatem coire et re et verbis et per nuncium posse nos, dubium non est* (1).

Lo stesso dicasi per le società del diritto civile odierno (art. 1707 cod. civ.). Quanto alle società commerciali invece, negli articoli 87 e segg. cod. di comm. sono prescritte alcune forme, che possono far nascere gravi dubbi rispetto alla prova. Queste forme consistono: *a*) nell'atto scritto per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, e nell'atto pubblico per le società in accomandita per azioni e anonime (art. 87 cod. di comm.); *b*) in certe indicazioni tassativamente volute dalla legge nell'atto costitutivo delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, e nello statuto o atto costitutivo delle società in accomandita per azioni o anonime (art. 88 e 89 cod. di comm.); *c*) nel deposito, trascrizione ed affissione dell'atto costitutivo per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, dello statuto e dell'atto costitutivo per le società in accomandita per azioni ed anonime, nelle forme pure tassativamente indicate dalla legge (art. 90 e 91 cod. di comm.).

Non ho bisogno di insistere sulla estrema importanza di queste disposizioni di legge rispetto alla questione della prova delle società commerciali. Se la prova infatti è la dimostrazione della esistenza di un fatto giuridico (nel senso più ampio e comprensivo) è naturale che la questione della prova delle società commerciali dipenda dalla soluzione dell'altra questione: quando è che la società commerciale sorge? Perchè la *prova* delle società commerciali ne presuppone la *esistenza*. Qui però la questione si complica singolarmente. Ogni *entità giuridica* si compone di alcuni elementi *naturali* o *essenziali*,

(1) l. 4 pr. *pro socio*, Dig. XVII, 2.

la mancanza di un solo dei quali fa venir meno l'entità stessa e la rende *inesistente*. Agli elementi però formanti una determinata entità qualche volta il legislatore nega ogni efficacia giuridica quando manchino certi requisiti da esso stesso stabiliti. Questa mancanza rende l'entità giuridica che ne è affetta non *inesistente*, ma *nulla*. Infine altre volte il legislatore prescrive che gli elementi necessari per l'esistenza di una determinata entità giuridica siano accompagnati da alcune formalità, la cui mancanza non rende l'entità medesima nè *inesistente*, nè *nulla*, ma produce soltanto alcuni perniciosi effetti, specie riguardo alla *limitazione della prova*.

Fatte queste necessarie distinzioni, le regole poste dagli art. 87 e segg. cod. di comm. possono far sorgere le seguenti questioni:

a) L'adempimento delle formalità prescritte dal legislatore costituisce uno degli elementi essenziali per l'*esistenza* delle società commerciali?

b) E se non lo costituisce, sarà almeno necessario per la *validità* delle società medesime?

c) Oppure la portata dell'inadempimento si limita a restringere in qualche modo la *prova* delle società in questione?

O, in altri termini, quando concorrono i requisiti che il diritto civile richiede per il *contratto* di società, quando concorra l'*obietto* commerciale che dicemmo necessario per la commercialità dell'ente sociale (v. num. 2 e 3), ma non siamo stati osservati i requisiti prescritti dagli art. 87 e segg. del cod. di comm., la società in tal modo formata, dovrà dirsi una società commerciale *inesistente*, oppure *nulla*, oppure suscettibile di essere provata solo con determinati mezzi di prova?

155. Come si vede la questione è strettamente connessa coll'altra questione, di cui ci siamo a lungo occupati, della condizione giuridica delle società irregolari (num. 61 e segg.). E tenendo presenti i principii allora stabiliti, anche la questione relativa alla *prova* delle società commerciali ci riuscirà di non difficile soluzione.

L'ente giuridico società — dicemmo — non esiste, se il contratto sociale non è redatto regolarmente e regolarmente pubblicato. Esso non potrà quindi esser provato che mediante la pubblicazione regolare dell'atto costitutivo o dello statuto in regola.

Diversamente è a dirsi del contratto sociale. Esso preesiste — come abbiamo veduto — alle formalità, e — come abbiamo pure veduto — le formalità non sono neppure necessarie alla sua validità.

156. Ma se per la validità del contratto l'adempimento di tutte le formalità non è richiesto, sarà richiesto l'atto scritto? E se l'atto scritto manca, ne deriverà di conseguenza che la società non potrà altrimenti provarsi (l'atto scritto sarà perciò necessario *ad substantiam*) oppure essa potrà anche altrimenti provarsi, ma con qualche limitazione riguardo alla prova testimoniale (l'atto scritto sarà cioè necessario *ad probationem*)?

Queste questioni si propone, colla consueta lucidità, il MATTIROLO, e le risolve distinguendo i rapporti tra i soci e soci, e i rapporti tra soci e terzi (cioè fra coloro che intervennero e coloro che non intervennero nel contratto sociale):

a) Riguardo ai rapporti tra soci e soci egli ancora distingue. Si vuol provare la *convenzione sociale* per farne dichiarare la validità e obbligare i soci alla esecuzione? Ed allora l'atto scritto è indispensabile perchè senza lo scritto il contratto non esiste, cioè lo scritto è richiesto *ad substantiam* per il contratto. Si vuole invece provare solo il *fatto della società* o comunione allo scopo principale di ottenere lo scioglimento? Ed allora qualunque mezzo di prova si deve ammettere, anche la testimoniale, senza limitazione, non essendo applicabile l'art. 53 cod. di comm.; perchè il codice stesso non richiede alcuno scritto per la prova del fatto della società.

b) Riguardo ai rapporti tra soci e terzi, il MATTIROLO distingue. I terzi potranno provare l'esistenza della società in tutti i modi, in forza dell'art. 99 cap. 2° cod. di comm. I soci invece possono provare l'esistenza della società in tutti i modi, quando i terzi, per avere con essa contrattato, ne avevano notizia. Ma se non si tratti di rapporti contrattuali, e non consta che i terzi conoscessero l'esistenza della società, i soci non potranno provare l'esistenza che mediante la prova dell'adempimento di tutte le formalità (2).

157. Questo sistema non mi pare che risponda alla consueta lucidità d'idee dell'illustre procedurista. L'equivoco fondamentale però — è giustizia confessarlo — non è dovuto a lui, bensì alla imperfetta ed inesatta analisi che prima del VIVANTE, del MANARA e del BONELLI si era fatta delle società irregolari e dalla quale non poteva non esser tratto in inganno anche il valentissimo professore dell'Università di Torino.

Non ho bisogno qui di richiamare la notissima distinzione tra

(2) MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, II, n. 412 e 413.

fatto giuridico, atto giuridico, negozio giuridico e contratto. Il concetto di contratto rientra, certo, sotto la generale categoria dei fatti giuridici. Il contratto è un fatto giuridico *qualificato*, dipendente cioè dall'accordo di due e più volontà dirette alla costituzione di un rapporto giuridico lecito. Questa qualifica opera naturalmente solo nei riguardi delle persone, che intervennero al contratto: rispetto ai terzi il contratto, come contratto, è *res inter alios*: essi non hanno di fronte che il fatto giuridico. Ma per coloro i quali costituirono il rapporto contrattuale (nella specie, soci), il fatto giuridico è, e resta qualificato. Quindi pei soci, la società è un fatto giuridico contrattuale e tale deve sempre restare. La loro stessa qualità di *soci* presuppone il contratto, e non è concepibile l'esistenza di una forma inferiore di società che sarebbe la società *semplice fatto*. Siccome la qualifica di contrattuale non ha effetto che tra i contraenti, e non pei terzi, così il fatto giuridico contrattuale pei terzi si presenta come un fatto giuridico qualunque. Ma fra i contraenti, il fatto giuridico contrattuale è sempre contrattuale. *È un vero assurdo l'immaginare un fatto giuridico contrattuale come la società* (*contratto*) *che* pei contraenti *si presenta come non contrattuale*. Vedemmo che la società anche irregolare esiste come contratto: ora, se esiste come contratto, fra i soci è sempre contratto e non può essere, a seconda che faccia comodo, vero contrato, o semplice fatto giuridico.

Egualmente non saprei quale potrebbe essere la base della distinzione per cui i terzi possono sempre provare in tutti i modi il contratto sociale, come lo possono anche i soci di fronte ai terzi, quando i terzi ne conoscevano l'esistenza, mentre non lo possono i soci di fronte ai terzi, quando i terzi non conoscevano l'esistenza della società. Il far dipendere l'ammissibilità o meno degli altri mezzi di prova (all'infuori dello scritto regolarmente redatto e pubblicato) dalla conoscenza o meno che avevano i terzi del fatto giuridico (nella specie, contratto di società), che si tratta ora di provare, come non ha alcun fondamento nella legge, così non l'ha nemmeno nella logica giuridica. Sta bene che i terzi ignoravano, e legalmente ignoravano, l'esistenza del contratto di società, ma l'ignoranza di un fatto giuridico non può togliere che esso, intanto, esista, ed esistendo, possa esser provato.

158 Ciò posto, vediamo, sulla scorta dei principi già stabiliti, quale sia il sistema probatorio sancito dal nostro legislatore, riguardo al contratto di società commerciale.

L'art. 87 cod. di comm. dichiara espressamente che il *contratto di società deve essere fatto per iscritto*. Donde la questione, se lo scritto per le società commerciali sia richiesto *ad probationem* o *ad substantiam*. Porre la questione è risolverla, specialmente se si richiama alla mente la disposizione dell'art. 53 cod. di comm., il quale stabilisce che, quando il codice commerciale richiede la prova per iscritto, non può ammettersi la prova per testimoni, fuorchè nei casi in cui è permessa, secondo il codice civile. Questo e non altro è il valore delle regole che il legislatore sancisce, quando richiede puramente che un dato atto *deve essere fatto per iscritto*, senza aggiungere speciali sanzioni di nullità. Infatti, quando la legge esige una determinata forma *ad substantiam actus*, lo dice espressamente (es. art. 1314 cod. civ.; art. 44 ult. cap.; art. 254 e 522 cod. di comm.) comminando la nullità per la inosservanza delle forme. Invece, nulla di tutto ciò per le società commerciali. La legge non dichiara affatto nulli i contratti di società non redatti in iscritto. Si limita a stabilire, agli art. 98 e 99 cod. di comm., alcune sanzioni (responsabilità di chi agisce in nome della società: diritto di chiedere la risoluzione del contratto, fra soci, nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice: diritto di sciogliersi dalle obbligazioni nelle accomandite per azioni ed anonime). Ma, nonostante queste sanzioni, il contratto esiste, ed è valido. Nè — come sostiene l'ERRERA — si può ammettere che lo scritto sia richiesto *ad substantiam* per le società in accomandita per azioni ed anonime (3). Infatti, come nessuna sanzione di nullità è contenuta nell'art. 87 e negli articoli 98 e 99 cod. di comm., così nessuna è sancita dagli art. 128 e 136 stesso codice, che si occupano della costituzione delle società anonime (4).

159. Tanto adunque per le società in nome collettivo, che per quelle in accomandita e anonime, l'atto scritto è richiesto *ad pro-*

---

(3) ERRERA, *Difetto di formalità nelle società commerciali*, *Dir. comm.* 1884, 293, e specialmente col. 301. La distinzione però dell'ERRERA (loc. cit.) fra *costituzione legale* della società, non può dirsi sostanzialmente inesatta, in quanto che essa corrisponde a quella che occorre fare, tra esistenza della società contratto ed esistenza della società persona giuridica (nello stesso senso dell'ERRERA, BOLAFFIO nel *Commentario di* Verona, I, numero 205 e 345).

(4) V. conforme MANARA, *Considerazioni intorno la interpretazione dell'art.* 98 *cod. di comm.*, pag. 7 dell'estratto; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 393; VIDARI nell'*Annuario critico di giurisprudenza commerciale*, IV, 452, e ultimamente il MANARA stesso, *Giurispr. ital.* 1897, I, 2, 707, in modo davvero stringentissimo.

bationem. Applicando l'art. 53, dovremo dire che la prova testimoniale non è ammessa, riguardo ad esse, che nei limiti in cui è ammessa dal codice civile. L'illustre VIVANTE crede invece che neppure *ad probationem* sia richiesto l'atto scritto per le società commerciali, ma che le uniche sanzioni della mancanza debbano rintracciarsi nelle regole severissime degli art. 98 e 99 cod. di comm. (5). « Nonostante il difetto della scrittura — dice l'illustre commercialista — i soci possono provare l'uno contro l'altro l'esistenza della società con ogni specie di prova. Possono provarla anche con testimoni, sebbene manchi ogni principio di prova scritta. Qui la sanzione pel difetto della scrittura non consiste, come pur vorrebbe la regola generale, nella limitazione della prova testimoniale ma nel diritto conceduto ad ogni socio di chiedere lo scioglimento della società: questa sanzione più rigorosa esclude la prima. Lo si argomenta da ciò, che a tenore della legge (art. 99) la società esiste di fronte ai terzi, benchè manchi la scrittura, e non è concepibile l'esistenza di obbligazioni sociali senza un contratto di società, come non è concepibile l'effetto senza la causa. Lo si argomenta ancora da ciò, che la legge dà diritto ad ogni socio di chiedere lo scioglimento della società costituita senza scrittura, e quindi presuppone la sua esistenza, perchè non si può sciogliere se non ciò che esiste. Infine, se la mancanza della scrittura impedisse la domanda di scioglimento, si metterebbero i soci nell'impossibilità di esercitare quel diritto appunto quando, pel difetto di ogni documento, interessa

(5) Cfr. *Trattato*, I, n. 306 e 393. Conforme: Trib. Sassari 17 ottobre 1895, *Giur. Sarda*, 1895, 397; App. Genova, 5 marzo 1897, *Gazzetta giudiziaria di Genova*, 1897, 77. V. anche App. Milano, 29 dicembre 1890, *Mon. Trib. Mil.*, 1891, 152, perchè la prova di una società irregolare non è prova di un *contratto*, ma di un *fatto*: « Se vero che il *contratto di società* deve risultare dallo scritto, e che, ciò stante, non può essere provato con testimoni quando non concorrono le condizioni dal codice richieste per l'ammissione della prova orale, è anche vero del pari, che nei rapporti dei soci fra loro, come dei terzi, l'esistenza di una semplice *associazione di fatto* può sempre accertarsi con ogni mezzo ammesso della legge generale, trattandosi di quegli effetti, diritti ed obbligazioni che, indipendentemente dalla legale costituzione della società hanno origine, e pei soci, e pei terzi, appunto da uno stato *di fatto*, e non da una vera e propria *convenzione* alla quale soltanto potrebbe riferirsi il disposto dell'art. 53 cod. di comm. e 1341 cod. civ. ». L'errore è manifesto e dipende dal non aver considerato che *per i soci*, il *fatto della società* è inscindibile dal *contratto di società*. Nello stesso equivoco è caduto il MORI, *L'amministrazioni della società anonima*, II, n. 613, le cui inesatte deduzioni del resto dipendono dalle idee poco chiare che egli ha della condizione giuridica delle società irregolari.

più che mai all'ordinamento giuridico che scomparisca una società che è causa di turbamento ».

Ho voluto riportare integralmente il — come sempre — geniale ragionamento del VIVANTE, per porre maggiormente in evidenza il grave equivoco in cui esso s'involge. I tre argomenti su cui il VIVANTE appoggia la sua tesi, e che possono riassumersi in breve: 1° nell'esistenza delle società di fronte ai terzi desunta dal 2° cap. dell'art. 99; 2° nell'esistenza della società anche fra soci desunta dal principio dell'art. 99 (e per le società in accomandita per azioni e anonime potrebbe ripetersi lo stesso per l'art. 99 3° cap.); 3° nella necessità di provare l'esistenza della società per poterne provocare lo scioglimento; questi tre argomenti ripeto, non possono riuscire nell'intento voluto dal VIVANTE che a mezzo di uno scambio evidentissimo di termini. E per scorgerlo basta riflettere che altro è l'*esistenza* e la *validità* di un rapporto giuridico, altro è la sua *prova*. Dal limitare, a termini dell'art. 1341 cod. civ. la *prova testimoniale* del contratto di società, non ne deriva che il contratto stesso sia *inesistente*, o sia *nullo* o che sia *impossibile provarlo*, quando la prova testimoniale sia vietata. Esso non solo esiste ed è valido, ma può essere provato con *tutti* gli altri mezzi di prova che la legge ammette: interrogatorio, confessione, giuramento. Anche quando adunque il contratto di società non possa esser provato con testimoni, esso esiste ed è valido, e può essere provato cogli altri mezzi di prova; i soci quindi possono benissimo valersi del diritto di chiedere lo scioglimento della società (6)

Concludendo, il contratto di società può essere *dai soci* provato con tutti i mezzi di prova, ed anche quindi colla prova testimoniale (7); ma ciò solo nei casi in cui la prova testimoniale è ammessa

---

(6) V. la bella dimostrazione del MANARA, scritto cit., pag. 708, e specialmente pag. 711-713. Giustamente il mio illustre maestro nota che nel sistema combattuto nel testo si verrebbe a riconoscere in materia commerciale qualche sosa di simile alle antiche *sociétés taisibles*, che il nostro legislatore, sull'esempio di quello francese dell'ordinanza di Moulins in poi, ha inteso per gravi e fondatissime ragioni di escludere affatto.

(7) In questo senso la prevalente giurisprudenza: App. Venezia, 6 luglio 1886, *Temi Veneta*, 1886, 412, *con nota adesiva di* ERRERA; Cass. Torino, 14 giugno 1886 *Giur. Tor.*, 1886, 414; Cass. Roma, 6 settembre 1887, *Foro ital.*, 1887, 1, 995; Cass. Firenze, 16 febbraio 1888, *Legge*, 1888, l. 549; App. Catania, 18 giugno 1892, *Cons. comm.*, 1892, 365; App. Venezia, 2 giugno 1893, *Temi Veneta*, 1893, 587; Cass. Firenze, 9 luglio 1894, *Legge*, 1894, II, 620; App. Torino, 2 luglio 1895, *Giur. Tor.*, 1895, 567; Cass. Torino, 17 luglio 1896, *Foro ital.*, 1896, 1, 1097; App. Genova, 21

dalla legge (8). Ho detto *dai soci. Dai terzi* infatti estranei al contratto il contratto di società può essere provato in tutti i modi, e anche con testimoni illimitatamente. L'art. 1341 cod. civ. si riferisce invero alle sole *convenzioni*. Ora — come dice giustamente il MATTIROLO — la convenzione non è tale, fuorchè per rispetto ai contraenti, mentre per coloro che alla medesima rimasero estranei, essa riveste la natura di un semplice *fatto*, suscettibile perciò di prova testimoniale *illimitatamente* (9). A ciò si aggiunge, per le società in nome collettivo ed in accomandita semplice, la espressa dichiarazione della legge (art. 99 cap. 2), la quale dice che la mancanza di formalità non può essere dai soci opposta ai terzi (10).

160. Quello che è stato detto finora delle *società* commerciali, vale egualmente bene per le *associazioni*. Infatti l'art. 238 cod. di comm. stabilisce che l'associazione in partecipazione è esente dalle formalità stabilite per le società, ma deve *essere provata per iscritto*. È chiaro che il legislatore ha richiesto lo scritto *ad probationem*, se si consideri che nessuna sanzione è aggiunta dalla legge a questa disposizione. Per conseguenza, le associazioni in partecipazione si potranno provare con ogni mezzo di prova, ed anche con testimoni,

---

aprile 1897, *Temi genovese*, 1897, 249; Cass. Firenze, 18 luglio 1987, *Foro ital.*, 1897, I, 1043. Conforme anche la più autorevole dotrina italiana e straniera: MANARA, *Giurspr. ital.*, 1897 I, 2, 705; BOLAFFIO, nel *Commentario* di Verona, I, n. 305; DELANGLE, *Sociétés*, n. 509 e segg.; LYON CAENoet RENAULT, *Traité*, II, n. 171 e 172. — V. tuttavia contro: App. Casale, 21 aprile 1883, *Giur. casalese*, 1883, 167; Legge belga del 1873, art. 4; NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, Bruxelles, 1884, II, n. 816.

(8) App. Genova, 30 luglio 1889, *Dir. comm.*, 1889, 895; Cass. Firenze 9 luglio 1894, 851; App. Napoli, 24 aprile 1895, *Dir. comm.*, 1895, 341; App. Genova, 19 febbraio 1897, *Temi genovese*, 1897, 145. Fra gli scrittori consulta, oltre la lodata nota del MANARA, il DELANGLE, *Commentaire sur les sociétés commerciales*, Bruxelles, 1843 n. 509 e segg.; LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n...171 e 172; BOLAFFIO, nel *Commentario* di Verona, I, n. 305. La giurisprudenza francese ammette la prova testimoniale contro od in aggiunta dell'atto scritto, purchè vi sia un principio di prova per iscritto: App. Parigi, 26 gennaio 1883, Cass. francese, 4 novembre 1885, *Sirey*, 1888, I, 365; App. Angers 24 febbraio 1894, *Journ. du Palais*, 1896, 2, 243. V. in seguito, le sentenze citate alla nota 11.

(9) MATTIROLO, II, n. 336. V. anche n. 339 e 344 e la giurisprudenza ivi citata.

(10) V. da ultimo, Cass. Palermo, 30 dicembre 1895, *Circ. giuridico*, 1896, 129; Cass. Roma, 9 giugno 1896, *Corte Suprema*, 1896, II, 333; MANARA, scritto citato, *Giurispr. ital.*, 1897 I, 2, 716.

ma a termini dell'art. 53 cod. di comm. la prova testimoniale è ammessa solo nei casi in cui l'ammette la legge civile (11). Lo stesso è a dirsi per le associazioni di mutua assicurazione (art. 53, 240 cod. di comm.).

161. Al pari dello statuto od atto costitutivo, anche la mutazione, il recesso o l'esclusione dei soci, i cambiamenti della ragion sociale, della sede o dell'oggetto della società, o dei soci che hanno la firma sociale, la riduzione, l'aumento o la reintegrazione del capitale, lo scioglimento anteriore al termine stabilito nel contratto, la fusione con altre società, e la prorogazione oltre il termine suddetto devono, nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, risultare da espressa dichiarazione o deliberazione dei soci, e gli atti relativi devono essere depositati, trascritti, affissi, e pubblicati. Nelle società in accomandita per azioni ed anonime, gli atti suddetti, e, in genere, tutti i cambiamenti introdotti nelle disposizioni dell'atto costitutivo, devono egualmente essere presi con deliberazione legale, depositati, trascritti (dietro autorizzazione del tribunale), affissi e pubblicati (art. 96 cod. di comm.).

Ora si domanda: queste formalità sono richieste *ad probationem* o *ad substantiam*? Quindi, se mancano, potrà essere data la prova di questi atti in altro modo? La risposta affermativa non mi sembra dubbia. La legge infatti non commina nullità per il difetto di queste forme. Per conseguenza, se si tratta di rapporti tra soci e soci, trattandosi di provare un contratto o un fatto contrattuale, conseguenza del contratto, dovrà ammettersi ogni specie di prova, ed anche la testimoniale, ma colle limitazioni di cui all'art. 53 cod. di comm. Se si tratta invece di rapporti dei soci o della società con estranei alla società (terzi) rispetto ai quali la mutazione, il recesso, lo scioglimento, ecc., sono semplici *fatti* e non *contratti* o *fatti contrattuali*,

---

(11) MATTIROLO, II, n. 415 e 416. V. specialmente la bella nota del BOLAFFIO, *Foro ital.*, 1884, I, 442; COTUGNO, nella *Rivista di giuresprudenza di Trani*, 1894, 113 e segg.; Cass. Napoli, 5 dicembre 1888, *Annali*, 1839, I, 1, 158; App. Aquila, 3 marzo 1891, *Foro ital.*, 1891, I, 610; Cass. Napoli, 31 gennaio 1894, *Cons. comm.* 1894, 245; App. Roma, 18 luglio 1895, *Temi Romana*, 1896, 263; App. Trani 11 maggio 1897, *Rass. giurid.*, 1897, 181. — V. tuttavia contro, cioè per l'atto egli *ad solennitatem* anche per le associazioni, una strana sentenza del Tribunale di Sassari, 12 maggio 1894, *Giur. sarda*, 1894 350 e (pare) anche la recente sentenza della Cass. Roma, 7 dicembre 1896, *Foro ital*,. 1897, I, 387.

potrà lo scioglimento, il recesso, ecc., essere da essi provato con ogni mezzo di prova, compresa la testimoniale, senza limitazione (12).

162. *B*) Formazione della prova. Veduto così della *ammissibilità dei varii mezzi di prova in generale*, rispetto alle società commerciali, parliamo ora della *formazione della prova*.

a) *Prova scritta*. Importanza speciale hanno a questo riguardo i libri di commercio, pei quali la legge (art. 27 cod. di comm.) stabilisce che ne può essere domandata la comunicazione, quando si tratti di *affari di società*, cioè quando si disputi sul contratto sociale. La comunicazione può essere domandata dai soci, anche quando abbiano cessato di far parte della società, dagli eredi dei soci, ma non dal creditore o dal cessionario, e dal socio del socio (13). Al socio è equiparato l'associato in partecipazione, perchè nei rapporti interni l'associazione in partecipazione è una vera società (14).

Di fronte ai terzi (estranei al contratto sociale) il socio essendo *sempre* un soggetto di diritti diverso dalla società, i libri della società non si possono considerare come libri suoi; essi quindi non faranno prova nè in suo favore, nè contro di lui (art. 44, 48 e 50 cod. di comm.) (15).

163. b) *Prova testimoniale*. Tutte le questioni che possono sorgere a questo proposito riguardano la capacità a testimoniare nei giudizi delle società commerciali: *a*) dei soci; *b*) degli amministratori che non rappresentano la società in giudizio. È noto il principio: *nullus idoneus testis in re sua intelligitur* (l. 10 *de testibus*, Dig. XXII, 5), vale a dire che non si può essere ad un tempo *parte e testimone* nella stessa causa; principio ovvio, che, sebbene non sancito espressamente dal nostro legislatore di rito, pure discende direttamente dalla natura stessa della prova testimoniale (16). Ciò posto, si vede

(12) V. per lo scioglimento, conforme: Cass. Torino, 5 dicembre 1870, *Giur. Tor.* 1871, 56, e di recente la buona sentenza della Cass. Firenze, 4 luglio 1895, *Dir. comm.* 1895, 720. Contro Cass. Torino, 5 aprile 1892, legge, 1892, II, 48. — Per il recesso cfr. Napoli Cass. 6 maggio 1890, *Foro ital.*, 1890, 1, 1159.

(13) Cfr. Vivante, I, n. 191; Castagnola, nel *Commento* di Castagnola e Gianzana, I, n. 288 e segg.; Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Firenze 1895, II, n. 641.

(14) Lessona, op. cit. loc. cit. Contro Vivante, op. cit. loc. cit.

(15) Contro, ma con deduzione poco esatta, App. Genova, 11 dicembre 1896, *Foro ital.* 1897, 1, 286.

(16) Cfr. Mortara, *Manuale*, I, (2ª ediz.), n. 360; Mattirolo, II, n. 591 e 593.

come la difficoltà dipende dal decidere se i soci di una società commerciale, e gli amministratori che non compariscono in giudizio, sono, realmente, *parti in causa*.

Diciamo prima dei soci. Non mi pare a questo proposito necessario far la distinzione, espressamente accennata dal MORTARA, ed implicitamente dal MATTIROLO (17), fra società in nome collettivo ed in accomandita semplice, e società in accomandita per azioni ed anonime, e dedurne, come fanno i due chiarissimi scrittori, che i soci delle prime sono parti in causa, e non possono essere sentiti come testimoni, mentre i soci delle seconde non lo sono, e possono quindi essere ammessi a testimoniare. Una distinzione di questo genere mi sembra arbitraria nel nostro diritto positivo, perchè tanto le società in nome collettivo, che in accomandita, ed anonime, come pure le associazioni di mutua assicurazione costituiscono tutte, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci (art. 77, cap. ult.; art. 239 cod. di comm.). Piuttosto, in conformità a quanto credo di aver dimostrato nella prima parte di questo lavoro, la distinzione da farsi è tra rapporti interni tra soci (sociali) e rapporti esterni coi terzi (extra-sociali). Nei giudizi riguardanti rapporti sociali, non è l'ente collettivo che comparisce, ma tutti i soci come collettività sono rappresentati in causa: essi quindi non potranno essere sentiti come testimoni (18). Nei rapporti coi terzi invece sorge l'ente giuridico società: è la persona giuridica società che viene rappresentata in causa: i soci possono quindi perfettamente essere chiamati a testimoniare: soltanto la loro testimonianza sarà sospetta, e il giudice l'apprezzerà per quello che vale (art. 237 cod. proc. civ.) (19).

Veniamo ora agli amministratori o gerenti di una società commerciale non comparsi in causa.

Una autorevole schiera di scrittori, fiancheggiata da molti giudicati, ritiene che gli amministratori di una società commerciale, e, in genere, i membri del Consiglio direttivo di una persona giu-

---

(17) MORTARA, op. cit. loc. cit.; MAYTTIROLO, II, n. 787.

(18) Contro App. Genova, 4 aposto 1876, *Annali*, 1887, II, 55, che ammise i singoli membri di una associazione di mutua assicurazione a testimoniare in una causa tra il Consiglio direttivo ed un altro associato per azione sociale di risarcimento.

(19) Contro Redazione della *Giur. Tor.*, 1894, 801; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, pag. 530. A favore invece della idoneità a testimoniare del socio nelle cause della società, in tutti i casi, ECCIUS, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXII 1886), pag. 17.

ridica o corpo morale, non possono essere uditi come testimoni nei giudizi di questi enti. Essi sono considerati come parte in causa, perchè deliberando sulla lite da promuoversi o sostenersi, e dirigendone l'andamento, agiscono per conto e nell'interesse dell'ente, e si può dire che siano coloro in cui realmente l'ente si personifica, mentre chi lo rappresenta più direttamente in giudizio, non fa che *eseguire* le deliberazioni di quelli. In ogni modo però l'esclusione degli amministratori dall'ufficio di testimoni non toglierebbe che essi potessero e dovessero attestare in giudizio la verità dei fatti di cui fossero a cognizione. E ciò si otterrebbe per mezzo dell'interrogatorio. L'interrogatorio sarebbe diretto all'ente, e per le risposte verrebbe appositamente delegato l'amministratore personalmente informato dei fatti (20).

Questa opinione non mi sembra affatto accettabile, almeno per le società commerciali. A prescindere dalla considerazione che altro è l'assumere la qualità di parte in causa, altro è partecipare alle deliberazioni riguardanti la lite, per le società commerciali non sempre è vero che gli amministratori abbiano ingerenza nelle deliberazioni circa l'andamento delle liti. Molte volte negli statuti la rappresentanza in giudizio è conferita senza restrizioni nè limitazioni ad una o più persone, le quali non hanno bisogno di autorizzazioni nè di deliberazioni per iniziare o condurre una lite. Altre volte la parte deliberativa è riservata non al consiglio d'amministrazione, ma ai soci. Ed allora si dovrebbero per questa circostanza escludere assolutamente anche i soci dal testimoniare. Ma la verità è che — conviene ripeterlo — il solo fatto di deliberare intorno alla lite non basta per conferire veste di parte in causa, e giustificare così l'esclusione dal diritto e dal dovere di prestare testimonianza in giudizio (21).

---

(20) MATTIROLO (1ª edizione) II, num. 408 — V. anche PESCATORE, *La logica del diritto*, I, pag. 156, e la giurisprudenza citata da MATTIROLO, 4ª edizione II, n. 784; *Direzione della Giurisprudenza Tor.*, 1894, 801.

(21) MORTARA, *Manuale*, I, n. 360; MATTIROLO, II, (4ª ediz.), n. 786; CABERLOTTO, nell'*Annuario di procedura civile* del CUZZERI, 1884 587: App. Milano, 12 ottobre 1876, *Mon. Trib. Mil.* 1876, 1262; Cass. Torino, 21 maggio 1878, *Legge* 1878, 1, 652; Cass. Torino, 16 ottobre 1894, *Giur. Tor.* 1894, 801; e nella dottrina tedesca RING, *Das Reichhsgesetz betreffend ecc.*, II, pag. 531; PETERSEN und PECHMANN, *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien die Aktiengesellschaften*, Leizig 1890, pag. 480. — Contro però HERGENHAHN, *Der Vorstand der Aktiengesellschaft*, pag. 53: « perchè anche quei membri della direzione, i quali non conducono

164. c) *Giuramento*. Il giuramento deve essere deferito o riferito al rappresentante della società in giudizio, e da esso egualmente deferito, riferito o prestato. Il WACH invece crede che, per le società in nome collettivo, il deferimento o il riferimento debbano essere fatti non al rappresentante o dal rappresentante, bensì a tutti i soci e da tutti i soci singolarmente (22). Il WACH parte dal presupposto che la società in nome collettivo non sia persona giuridica, e che, nei giudizi di essa, siano i soci *uti singuli* che compariscono a mezzo dei loro rappresentanti. Ma questa opinione, anche dal punto di vista del WACH, deve respingersi. Intanto, è evidente che, ammettendo la personalità giuridica delle società commerciali, deve concludersi che, essendo i soci del tutto estranei al giudizio della società, non possono in alcun modo prestare o far prestare il giuramento il quale può essere deferito o prestato solo dalla parte. Ma, dato anche che i rappresentanti in giudizio della società rappresentino non l'ente, ma i soci, da ciò non deriva che il giuramento non possa essere da essi o ad essi deferito e prestato. Il fatto che essi sono delegati a rappresentare i soci dà diritto a coloro, che stanno in giudizio contro la società, di deferire o riferire ad essi, e non ai singoli soci il giuramento, e, viceversa, dà diritto ai soci di far deferire o prestare da essi il giuramento, senza deferirlo o prestarlo personalmente ed individualmente.

Ciò posto, la prima questione che si può presentare, riguarda la capacità del rappresentante della società commerciale a deferire o riferire o accettare il giuramento decisorio.

Il LESSONA, partendo dal principio che per deferire o accettare il giuramento basta la sola capacità a stare in giudizio e non è necessaria la capacità di disporre, ne conclude che colui, il quale rappre-

---

la lite, conservano sempre la qualità di rappresentanti legali della parte, cioè della società; e, presentandosi il caso, vi è sempre la possibilità che siano chiamati a prestare il giuramento della parte. Giuridicamente e processualmente è incompatibile che la stessa persona sullo stesso oggetto sul quale può a lei essere deferito il giuramento, possa anche essere sentita come testimone ». L'errore consiste nel credere che possa essere deferito il giuramento al rappresentante non comparso in giudizio. Contro anche la prevalente giurisprudenza tedesca: *Entsch. in Civils.*, II, pag. 400; XVII, pag. 367; XX, pag. 392, e specialmente le sentenze del *Reichsgericht* 22 dicembre 1884 in *Seuffert's Archiv*, XL, pag. 364, e 8 febbraio 1892, in *Juristische Wochenschrift*, 1892, pag. 180.

(22) WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I pag. 531.

senta in giudizio la società, può, per questa sola sua qualità, deferire od accettare il giuramento decisorio (23).

La questione, da cui l'egregio proceduristа fa dipendere quella del giuramento dei rappresentanti delle società commerciali, è fra le più gravi che si possono immaginare, perchè riflette, in fondo, la natura stessa del giuramento. Posto, come egli fa, che il giuramento non è una transazione, nè ha analogia colla transazione, ma è un semplice mezzo di prova, diventa naturale e logico che la facoltà di deferirlo o accettarlo si faccia dipendere dal solo fatto della rappresentanza in giudizio. Ma un duplice ordine di considerazioni mi persuade a preferire un altro punto di partenza per giungere alla soluzione del problema che ci preoccupa. Il primo riguarda la gravità stessa della questione fondamentale, che tiene fortemente diviso il campo della dottrina civilistica, non senza però una manifesta prevalenza della opinione che ravvisa nel giuramento qualche cosa di analogo alla transazione (24). Il secondo riguarda il fatto che, qualunque sia l'opinione che si professi sopra la natura del giuramento, e sulla necessità, o meno, che chi lo deferisce o accetta abbia la capacità di disporre, è questa una regola generale alla quale per il principio: *in universo iure generi per speciem derogatur*, farebbero in ogni modo eccezione le speciali disposizioni che il codice di commercio stabilisce quanto alle facoltà dei rappresentanti di società commerciali. Per il che miglior partito mi sembra, anzichè far capo a principii generali, controversi e difficili, vedere se sia possibile, in base alla nostra legge positiva commerciale, la ricostruzione di un sistema logico sulla facoltà di deferire o accettare il giuramento decisorio dei rappresentanti di società commerciali.

Secondo i principi del nostro diritto commerciale, tre ipotesi possono darsi: o gli statuti o atti costitutivi dispongono espressamente, quanto alla facoltà di deferire e accettare giuramenti, o gli statuti nulla dispongono circa questa facoltà specifica, ma dispongono espressamente sulla rappresentanza in giudizio in generale; o infine non dispongono nulla nè per la rappresentanza in giudizio, nè per il giuramento.

---

(23) LESSONA, *Teoria delle prove*, Firenze 1895, II, n. 171.

(24) Cfr. TOULLIER, V. n. 365, 375, 377; LAURENT, XX, n. 130, 231, 234 e 239; BONNIER, *Preuves*, n. 348 e 416; AUBRY e RAU, VI, pag. 348; MANCINI, PISANELLI e SCIALOIA, III, n. 103; MOISÈ VITALEVI, *Il giuramento litis decisorio*, Torino, 1883, pag. 9 e segg.; MATTIROLO, II, n. 792 e segg. Contro LESSONA, II, n. 125; ENRICO, nell'*Annuario della procedura civile del* CUZZERI, 1887, 375.

Esaminiamo partitamente tutte le tre ipotesi.

1ª *ipotesi*. In questa prima ipotesi, è evidente che dovrà starsi anzitutto alla volontà dei soci, che ha dato vita al contratto sociale. È regola generale infatti che, per determinare le facoltà dei rappresentanti di società commerciali, si deve prima di tutto aver riguardo allo statuto o atto costitutivo (25).

2ª *ipotesi*. In questa seconda ipotesi si tratta di un vero mandato *ad litem*, il quale deve essere interpretato: il decidere quindi se la facoltà di deferire ed accettare giuramenti vi sia compresa, è una questione di fatto (26). Si avverta però che dal non essere il giuramento espressamente menzionato nel mandato, non si può senz'altro dedurre che esso sia escluso dal medesimo, perchè la stessa facoltà può risultare da altre espressioni (per es.: delego Tizio a rappresentarmi in giudizio per la tale questione e lo autorizzo a sostenere le mie ragioni con ogni mezzo di prova ammesso dalla legge).

Se le persone delegate hanno facoltà di obbligare la società, per giudicare delle loro facoltà in ordine al giuramento devesi avere riguardo, nel silenzio del mandato alle liti, alle disposizioni generali della legge che concernano i loro poteri (v. in seguito).

3ª *ipotesi*. In quest'ultima ipotesi, bisogna distinguere:

a) Se si tratta di società in nome collettivo ed in accomandita, i poteri degli amministratori, che rappresentano in giudizio la società sono i più estesi: essi possono, per conseguenza, anche deferire ed accettare il giuramento decisorio nel modo più ampio (27).

b) Se invece si tratta di società anonima, il silenzio dello statuto o atto costitutivo impedirà agli amministratori di deferire o riferire giuramenti (cod. di comm., art. 122).

---

(25) V. per le società in nome collettivo, VIVANTE, I, n. 320 (« i poteri degli amministratori non hanno altri limiti che quelli segnati dall'oggetto della società, e quindi possono compiere *salvo le clausole restrittive del contratto*, tutte le operazioni che servono a quell'esercizio »): per le società in accomandita VIVANTE, I, n. 336 (« gli accomandatari possono dunque trattare gli affari sociali, *nei limiti del contratto* »): per le anonime cod. di comm. art. 22 e VIVANTE, I, n. 481.

(26) Cfr. LESSONA, *Prove*, II, n. 156.

(27) MOISÈ VITALEVI, *Il giuramento litisdecisorio*, Torino, 1883, pag. 24. Ma una limitazione apposta al contratto sociale per le transazioni, non autorizzerebbe a ritenere limitata anche la facoltà di deferire o accettare giuramenti. I poteri degli amministratori di società in nome collettivo e in accomandita sono determinati dalla legge, colle limitazioni che ai soci piace stabilire, ma queste sono sempre di stretta interpretazione, V. contro M. VITALEVI, op. e loc. cit.

Per i liquidatori di società commerciali, invece deve ritenersi che essi siano autorizzati a deferire, riferire o prestare giuramenti, nel modo più ampio (28).

165. Potrà il giuramento essere deferito, riferito o prestato sopra un fatto compiuto non dal rappresentante attuale della società, ma da un predecessore?

Comincio anzitutto dall'escludere che il giuramento possa essere deferito o accettato dalla persona che antecedentemente rappresentava la società, ed in genere, da chiunque non sia l'attuale rappresentante in giudizio della società. Infatti — come osserva ottimamente il LESSONA — 1) il giuramento si presta solo da chi è parte in causa; 2) il far prestare giuramento da un estraneo equivale all'autorizzare implicitamente quell'*iurare in alterius animam*, che è assolutamente escluso dal diritto moderno; 3) perchè il far giurare chi non rappresenta la società, toglie al giuramento la decisorietà, per difetto di capacità nel giurante (29).

---

(28) SRAFFA, *La liquidazione*, n. 53; LESSONA, *Teoria delle prove*, II, n. 504. Tutte queste questioni non sono possibili in Germania, dove la *Civilprozessordnung* § 435, stabilisce espressamente che, quando una parte non è capace a stare in giudizio, il deferimento o il riferimento del giuramento si fa soltanto al suo legale rappresentante. Nella dottrina cfr. fra gli altri, ENDEMANN, *Der deutsche Civilprozess*, Berlin, 1879, II, pag. 347; HERGENHAHN, *Der Vorstand der Aktiengesellschaft*, Berlin, 1893, pag. 50. Lo stesso è a dirsi nel nuovo diritto processuale austriaco, dove la *Civilprozessordnung* del 1° agosto 1895, dopo aver stabilito al § 373, che riguardo all'esame (*Vernehmung*) delle parti, i legali rappresentanti di società commerciali si devono considerare come parti, parla, al § 377 dell'*esame giurato* (*eidliche Vernehmung*), il quale non essendo, per il diritto austriaco, che una specie particolare di esame delle parti (è compreso, insieme all'esame non giurato, sotto lo stesso titolo) va sottoposto naturalmente alle regole generali riguardanti l'esame delle parti, e, quindi, anche a quelle del § 373.

(29) In questo senso concordi la dottrina e la giurisprudenza: App. Genova, 6 febbraio 1875, *Giurispr. comm.* 1875, 1, 11; Cass. Torino, 27 agosto 1890, *Mon. Trib. Mil.*, 1891, 39; App. Genova, 22 dicembre 1892. *Giurista* 1893. 11; Cass. Torino, 28 novembre 1893, *Mon. Trib. Mil.*, 1894, 83, che conferma la precedente;; LESSONA, *Prove*, II, n. 173; SRAFFA, *La liquidazione*, n. 53; ENDEMANN, *Der deutsche Civilprozess*, II, pag. 347: « Daraus, dass die Zu-oder Zurückschiebung nur an den gesetzlichen Vetreser stattfindet, folgt von selbst, *dass kein Anderer als er den von ihm angenommenen oder an ihn zuruckgeschobenen Eid abzuleisten hat* ». Nello stesso senso RING, *Das Reichsgesetz* ecc. II, pag. 529; HERGENHAHN, *Der Vorstand der Aktiengesellschaft*: « Dienigen Vorstands mitglieder, *welche zur Zeit der Eidesleistung die Mitglieder des Vorstandes sind*, haben den Eid namen der Gesellschaft zu leisten ». Arg. anche *Civilprozessorddnung* germanica § 435, n. 1; *Civilprozessordnung* austriaca § 373.

Ma, anche restringendoci all'*attuale* rappresentante in giudizio della società, può da lui essere deferito, riferito o prestato il giuramento solo sopra un fatto proprio di lui, o sopra la semplice notizia che egli abbia di un fatto, e non già sopra un fatto dei suoi predecessori (art. 1365 cod. civ.). È questo un principio così ovvio che non vi insisto, non potendosi evidentemente opporre la identificazione della persona del rappresentante colla società rappresentata, e la continuità della rapprsentanza. Infatti il valore e la base stessa del giuramento stanno nella coscienza individuale e personale del giurante, onde, riguardo ad esso, deve di necessità venir meno quella che è pur sempre una finzione giuridica, cioè la personificazione della società nei suoi rappresentanti e la continuità della rappresentanza: nel giuramento l'oggetto di esso, sia fatto, sia notizia, deve essere sempre personale al giurante (30).

In correlazione a questi principi, qualora i rappresentanti in giudizio della società siano più, bisogna distinguere: se i fatti su cui il giuramento è deferito sono propri di tutti, tutti devono giurare: se invece sono propri di alcuni soli di essi, e allora, soltanto quello a cui i fatti sono propri, giura. Gli altri, se è il caso, potranno giurare sulla notizia di questo fatto (31).

166. *Confessione ed interrogatorio.* Quanto alla confessione, conformemente alle disposizioni dell'art. 1361 cod. civ., essa non può essere validamente fatta dal rappresentante della società commerciale, che nel caso in cui egli abbia facoltà di disporre della cosa che è oggetto della controversia (32).

Anche a questo proposito, si dovrà aver riguardo anzitutto alle disposizioni dello statuto o atto costitutivo: nel silenzio di questo, il rappresentante della società in nome collettivo ed in accomandita

---

(30) V. SRAFFA, *La liquidazione*, n. 53; LESSONA, *Prove*, II, n. 172; ENDEMANN, *Civilprozess*, II, pag. 349, e sopratutto il WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, pag. 562, nota 21.

(31) *Civilprozessordnung* germanica § 436; ENDEMANN, *Der deutsche Civilprozess*; II, pag. 349; HERGENHAHN, *Der Vorstand ecc.*, pag. 51; WILMOWSKI e LEVY, *Commentar zum Civilprozessordnung*, Berlin 1892, pagina 618; RING, *Das Reichsgesetz ecc.*, II, pag. 530; PETERSEN e PECHMANN, *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften*, Leipzig 1890, pag. 479.

(32) Per conseguenza la confessione fatta da un socio non rappresentante non pregiudica gli altri, Cass. Torino, 10 ottobre 1885, *Mon. Trib. Mil.*, 1885 1024. e neppure potrebbe pregiudicarli a ragione della solidarietà: LESSONA, *Prove*, I, n. 419.

potrà sempre confessare: non lo potrà invece il rappresentante di una società anonima, e ciò per le differenze che corrono tra i poteri che la legge accorda al primo e nega al secondo.

Un dubbio potrebbe sorgere riguardo alla confessione giudiziale del rappresentante di una società di commercio. L'art. 1356 cod. civ. definisce la confessione giudiziale come la *dichiarazione che la parte o il suo procuratore speciale fa dinanzi a un giudice ancorchè incompetente*. Di qui il dubbio che per la efficacia della confessione giudiziale del rappresentante di una società commerciale, sia sempre necessario mandato *speciale*; si potrebbe infatti sostenere che parte in causa essendo la società commerciale, e non potendo essa fare la confessione altrimenti che per mezzo di rappresentante, dovesse il rappresentante, a termini dell'art. 1356, aver bisogno di una procura speciale. Questa opinione però, che la più autorevole dottrina e giurisprudenza respingono anche riguardo ai mandati generali *ad negotia* delle persone singole e fisiche (33), è ancor meno ammissibile per le società commerciali. Infatti il rappresentante di una società commerciale, non è tanto mandatario della parte, quanto è parte egli stesso, *nella sua qualità di rappresentante*. È quello che stabilisce esplicitamente, appunto a proposito dell'interrogatorio, il nuovo regolamento di procedura austriaco, al § 373, quando dice: « venn der Rechtsstreit von einer... Gesellschaft, einer Genossenschaft, einer Gemeinde, einem Vereine, oder sonst von einem nicht zu den physischen Personen gehörigen Rechtssubiekte geführt wird, dessen gesetzliche Vertreter in Bezug auf die Vernehmung (sind) als Partei zu behandeln ». Del resto, che in materia di confessione ed interrogatorio di società commerciale l'espressione di « parte » usata dal legislatore debba riferirsi al suo legittimo rappresentante, è dimostrato anche dall'art. 218, cod. proc. civ., il quale stabilisce che *le risposte* agli interrogatori debbono essere fatte dalla parte *in persona*. Ora, se si interpretasse l'art. 218 a quel modo che vorrebbero i miei contraddittori, ne conseguirebbe che l'interrogatorio non potrebbe mai essere dedotto alla società commerciale in quanto è persona giuridica, e, in genere, agli enti morali, perchè tanto l'una

---

(33) Cfr. MATTIROLO, II, n. 700, nota 1; AUBRY e RAU VI, pag. 377; LESSONA *Prove*, I, n. 414.

(34) Cfr. PESCATORE, *Logica del diritto*, pag. 162 e segg.; MATTIROLO, II, n. 626 e segg.; CUZZERI, sull'art. 216, nota 10; e sopratutto le belle osservazioni del CASTELLARI, *Interrogatorio delle parti*, Milano 1896, pagine 110 e 111.

che gli altri non potrebbero mai rispondere *personalmente*. Se, di fronte al diritto materiale, la persona del cui diritto si controverte, è la società e non il suo rappresentante, perchè a quella e non a questi appartiene il diritto, processualmente è *parte* il rappresentante, perchè il giudizio, in quanto la società è persona giuridica, non può essere costituito che in suo nome (34). L'unico punto importante è dunque la capacità di disporre. Quando questa capacità c'è, sarebbe assurdo — come nota giustamente il MATTIROLO — il volere come necessaria per la validità della confessione, una procura speciale, che non si richiederebbe per qualsiasi altro atto di alienazione o disponibilità (35).

Quanto all'interrogatorio dedotto al rappresentante di una società commerciale, bisogna distinguere; o esso è diretto ad ottenere una confessione, ed allora il rappresentante vi potrà legittimamente rispondere, e le risposte di lui avranno pieno valore probatorio, quando egli abbia facoltà di fare confessioni, secondo quanto fu detto precedentemente. O è diretto ad ottenere *semplici attestazioni*, ed allora il rappresentante potrà in tutti i casi dare valida risposta (36).

---

(35) MATTIROLO, II, n. 700.
(36) MATTIROLO, II, n. 700 e 781.

Capitolo Terzo

LA SENTENZA, LA « RES JUDICATA » E LA IMPUGNAZIONE DELLA SENTENZA

§ 1. – *Autorità rispetto ai soci della sentenza pronunciata contro la società*

Sommario: 167. La personalità limitata e l'autorità rispetto ai soci della sentenza pronunciata contro la società. — 168. *A*) La sentenza pronunciata contro la società persona giuridica, cioè che ha per oggetto la dichiarazione di un diritto non sociale, non costituisce *res judicata* in rapporto ai singoli soci. I principi. — 169.. Il sistema della legge: duplice fondamento della obbligazione del socio. — 170 Non vi può essere cosa giudicata nè per l'obbligazione contrattuale di conferire la quota promessa, nè per l'obbligazione legale solidaria ed illimitata dei soci in nome collettivo ed accomandatari. — 171. L'art. 106 cod. di comm. — 172. Il creditore della società che ha ottenuto sentenza contro la società deve inoltre escutere, prima che quello del socio, il patrimonio sociale. — 173. *B*) Invece la sentenza pronunciata in favore di un socio come *tale*, cioè che ha per oggetto la dichiarazione di un diritto sociale, fa stato contro gli altri soci. Azione del socio per impugnare la validità delle deliberazioni dell'assemblea generale. — 174. La sentenza pronunciata in questo caso fa stato contro i soci anche quando con essa si dichiara la *validità* della deliberazione. Ma ciò non perchè il socio che ha proposto l'azione rappresenti tutti i dissidenti. — 175. Bensì perchè tutti i soci non dissidenti sono rappresentati dai rappresentanti sociali. — 176. Confutazione delle obiezioni. — 177. Non si disconoscono gli inconvenienti di questo sistema, minori peró di quelli del sistema combattuto. — 178. Società irregolari.

167. Dai principi costituenti i caposaldi della presente trattazione, che cioè la società commerciale è ente collettivo (persona giuridica) nei rapporti coi terzi: è invece semplice contratto nei rapporti fra i soci, derivano importanti conseguenze anche rispetto alle autorità della sentenza pronunciata in confronto della società, rispetto ai singoli soci. Nella qual questione vedremo che le disposizioni della legge positiva costituiscono altrettanti corollari dei principi fondamentali accennati.

Cominciamo anzitutto dal distinguere nettamente la sentenza pronunziata a favore di terzi, dalla sentenza pronunciata a favore dei soci. Non ho bisogno di avvertire che terzi sono ritenuti tutti

coloro che non si presentano nella qualità di soci, e soci tutti coloro che agiscono in *tale loro qualità*, cioè in virtù del contratto sociale.

168. *A*) La sentenza pronunziata contro la società non costituisce *res judicata* in rapporto ai singoli soci.

La ragione fondamentale, che deve condurre necessariamente a questa conclusione, è la seguente. La società commerciale costituisce, in questo caso, un ente collettivo (persona giuridica) distinto dalle persone dei soci. Il che vuol dire che la società è un soggetto di diritti autonomi, che non sono diritti dei soci. Quindi chi rappresenta in giudizio la società, rappresenta l'ente (persona giuridica) non rappresenta il socio: questo è affatto estraneo al giudizio della società. La sentenza pronunziata contro la società non può costituire cosa giudicata rispetto al singolo socio, come non lo può neppure a favore del socio quella pronunziata a favore della società, per la ragione semplicissima che il socio nè direttamente, nè indirettamente è parte in causa nel giudizio della società (1): manca quindi, perchè vi sia cosa giudicata, *l'eadem conditio personarum* dell'art. 1351 cod. civ. Questa verità altrettanto semplice quanto intuitiva disconobbe la Corte di Genova, nella sua sentenza 2 marzo 1885 affermando essere « innegabile che nelle società godenti di personalità, il gerente è il mandatario di tutti i singoli i soci dei quali essa è costituita, e li rappresenta in tutti gli atti attinenti all'ente sociale » (2).

Nelle società senza personalità il rappresentante della società non è che il rappresentante dei soci: mentre in quelle che costituiscono persone giuridiche, chi può essere se non la persona giuridica, quella che è rappresentata in giudizio? (3).

Questi principi mi sembrano di tutta evidenza, perchè scaturiscono direttamente dal fatto che, nei rapporti coi terzi, i rappresentanti della società, sono i rappresentanti dell'*ente* e non dei soci: tuttavia essi risultano anche da tutto il sistema della nostra legge positiva, che mi studierò qui di brevissimamente ricostruire.

---

(1) Eccius, *Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozesspartei*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXII (1886), p. 14: « der einzelne Socius ist eine andere Partei als die offene Handelsgesellschaft ».

(2) App. Genova 2 marzo 1885, *Foro ital.*, 1885, 1, 920.

(3) È strano davvero che la Corte di Genova, nella sentenza citata, abbia invece stabilito che nelle società senza personalità, solo i membri presenti al giudizio sono legati dal giudicato.

169. Un'analisi accurata della condizione giuridica dei soci relativamente alla società ed ai terzi, deve anzitutto distinguere:

a) l'obbligazione che ciascun socio assume mediante il contratto sociale, cioè l'obbligazione di versare la quota promessa. È questa una obbligazione comune ad ogni specie di socio, limitatamente ed illimitatamente responsabile, in nome collettivo, accomandante, accomandatario, quotista ed azionista. Chi si obbliga contrattualmente a conferire in una società una determinata quota, deve, in forza del contratto, eseguire il conferimento: quindi il fondo sociale, per sola virtù del contratto, è formato: 1) delle quote effettivamente versate; 2) dei crediti corrispondenti alle quote promesse e non versate.

b) l'obbligazione illimitata imposta dalle leggi ai soci in nome collettivo ed accomandatari (4).

Queste due specie di obbligazioni, di cui la prima si trova isolata presso gli accomandanti, quotisti ed azionisti, mentre la seconda concorre con la prima presso i soci in nome collettivo ed accomandatari (5), sono pertanto perfettamente distinte, in quanto che la prima è inerente a qualunque contratto di società, ed è la pura e semplice applicazione della disposizione dell'art. 1123 cod. civ., mentre la seconda è imposta dalla legge ai soli soci in nome collettivo ed accomandatari.

Questa distinzione era necessaria, perchè la diversa natura della obbligazione deve riflettersi anche nella condizione degli obbligati rispetto alla sentenza pronunciata contro la società.

---

(4) Che sia imposta alla legge non derivante dal contratto, questa obbligazione, risulta da ciò, che i soci non possono sottrarsi a questa responsabilità nemmeno con una clausola del contratto debitamente pubblicata e fatta conoscere ai terzi estranei alla società.

(5) È questa la vera condizione di questa specie di soci contro cui spetta quindi ai creditori sociali la duplice azione. Non si esprime troppo esattamente il codice di commercio, art. 206, quando dice che i creditori della società hanno diritto di esercitare... contro i soci l'azione personale per le quote non pagate, o per la responsabilità solidaria ed illimitata, *secondo la specie della società*. L'affermativa è inesatta, perchè l'azione per le quote non pagate è comune a *tutte* le società; restando propria a quella in nome collettivo e in accomandita l'azione per la responsabilità solidaria e illimitata. Si capisce che, nella pratica, delle due azioni poste a disposizione dei creditori di una società in nome collettivo ed in accomandita contro i soci in nome collettivo ed accomandatari, essi si serviranno sempre della più larga, per ottenere la responsabilità illimitata; ma ciò non toglie che, dal punto di vista teorico, la distinzione abbia importanza.

170. Domandiamoci dunque anzitutto: Il creditore di una società, il quale abbia ottenuto una sentenza contro la società, può pretendere che essa costituisca cosa giudicata anche rispetto ai soci, per il versamento delle quote da essi ancora dovute? Basta porre la questione in questi termini per risolverla negativamente. Il diritto del creditore sociale infatti nel primo caso si basa sopra un titolo diverso che nel secondo: per riguardo alla società, esso risiede nel rapporto giuridico che ha dato origine al suo credito: per riguardo ai soci, risiede invece nel contratto sociale, di cui egli si prevale, usando *iuribus* della società (art. 1234 cod. civ.) (6). Ora la diversità di titolo rende per sè sola impossibile la esistenza della cosa giudicata (art. 1351 cod. civ.).

E veniamo alla responsabilità solidaria ed illimitata dei soci in nome collettivo ed accomandatari. Potrà, per la natura della loro obbligazione, dirsi che la sentenza pronunziata contro la società (ente) faccia stato anche rispetto ai soci per riguardo alla sola responsabilità illimitata? La condizione giuridica del socio in nome collettivo ed accomandatario non è quella di un coobbligato principale e solidario: esso non risponde, in solido, delle obbligazioni dell'ente società. Se così fosse, sarebbe ancora assai dubbio che la sentenza pronunziata contro la società potesse dirsi obbligatoria anche per il socio, suo condebitore in solido. Infatti autorevolissimi scrittori sostengono che i condebitori solidari non sono in giudizio rappresentati l'uno dall'altro, quando non vi sia esplicito mandato (7). Ma vero è che i soci in nome collettivo ed accomandanti *non sono obbligati in solido colla società*, ma sono semplici garanti sussidiari della società, obbligati *fra loro* solidalmente: sono, in fin dei conti, dei semplici *confideiussori solidali*.

E che così sia, risulta assai chiaramente dall'art. 76 del codice di comm., il quale stabilisce che le obbligazioni sociali *sono garantite* dalla responsabilità solidale ed illimitata dei soci in nome collettivo ed accomandatari. Risulta anche dall'art. 106 in cui è detto che i creditori sociali non possono pretendere il pagamento dai sin-

---

(6) S'intende che in tal modo il creditore della società si mette al posto, di fronte al socio singolo, della collettività a cui questi è legato dal contratto.

(7) V. fra gli altri, Duranton, *Cours de droit français, suivant le Code civil*, XIII, n. 579 e 520; Colmet de Santerre, *Cours analitique de code Napoléon continué par A. Demante*, V, n. 238-*bis*; Laurent, *Principes*, XX, n. 120; Borsari, *Il codice civile commentato*, § 3327; Galluppi, *Teoria della opposizione del terzo*, Torino, 1895, n. 124.

goli soci prima di avere esercitato l'azione contro la società. Risulta, infine, dai lavori preparatori del codice di commercio. Nel progetto di legge sulle società presentato nel 1875 al Senato non era fatta parola dell'obbligo dei creditori sociali di rivolgersi prima alla società che al socio. Onde il senatore CABELLA faceva osservare: « È bensì vero che i soci in nome collettivo restano obbligati anch'essi personalmente e solidariamente per le operazioni fatte colla firma sociale, ma la loro obbligazione è *accessoria*, diretta a garantire *ai terzi* l'adempimento delle obbligazioni della società che è la *principale obbligata* ». E il PESCATORE aggiungeva: « La firma del socio obbliga la società e le acquista i diritti considerando nell'uno o nell'altro caso la società stessa come un ente astratto, come ente collettivo; e sta verissimo che i soci non sono che *garanti solidari* » (8). Lo stesso concetto è accennato dal MANCINI, nella sua *Relazione*: « L'obbligazione della società comprende infatti l'obbligazione di tutti i soci: da questa condizione giuridica non è lecito tuttavia dedurre che i creditori della società abbiano a potere con libera scelta esercitare i loro diritti, sia contro la società come ente collettivo, sia contro le persone dei singoli soci... l'obbligazione dei soci non è dunque quella di veri condebitori, ma è sussidiaria dell'obbligazione principale » (9).

E su questo punto oramai la dottrina è concorde (10). Resta dunque fermo che l'obbligazione del socio è una obbligazione meramente sussidiaria e non solidale, e non si può in conseguenza ricorrere alla solidarietà per desumerne che la sentenza definitiva contro la società costituisce cosa giudicata anche rispetto ai soci. In conclusione, dalle disposizioni di legge relative alle società in nome

---

(8) *Discussioni al Senato*, in CASTAGNOLA e GIANZANA, *Fonti e motivi*, I, p. 300 e 400.

(9) *Relazione* MANCINI, p. 302-303.

(10) SRAFFA, nel *Dir. comm.*, 1889, 187 ss.; VIVANTE, nel *Mon. dei trib. mil.*, 1889 329, e *Trattato*, I, n. 329, p. 371 e 372; DELAMARRE e LEPOITVIN, *Droit commercial*, III, n. 1176; DELANGLE, *Sociétés*, n. 563; BOLAFFIO, nella *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XIII, p. 270; MARGHIERI, *Le società ed associazioni commerciali*, nel *Comment.* di Verona, n. 269; VIDARI, *Corso*, II, n. 751. Per il codice germanico invece la responsabilità dei soci è realmente solidale e i creditori possono rivolgersi tanto contro la società che contro il socio: cod. di comm. germ. art. 112 (128 del nuovo testo); GAREIS e FUCHSBERGER, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1891, p. 241, n. 110. Così pure la giurispruddnza tedesca: *Entsch. d. Reichsgerichts in Civils.*, III, p. 58 e 339; *Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts*, VII, p. 385; XVII, p. 385; XX, p. 263.

collettivo ed in accomandita semplice non potendosi ricavare alcun argomento a favore della efficacia rispetto ai soci dalla sentenza ottenuta contro la società, non resta che il principio generale già esposto, per il quale i soci non essendo rappresentati in giudizio dall'ente giuridico società, debbono ritenersi completamente estranei alla sentenza pronunciata in confronto di essa.

171. Dalle disposizioni della legge positiva invece si può trarre, io credo, a favore di questa tesi un argomento di molto valore. Dissi già che per l'art. 106 cod. comm. deve essere esclusa la solidarietà dei soci pei debiti della società. Questo stesso articolo mi pare costituisca una prova che deve essere esclusa anche l'efficacia rispetto ai soci della sentenza pronunciata contro l'ente giuridico società. « I soci in nome collettivo — dice l'articolo in questione — sono obbligati in solido per le operazioni fatte in nome e per conto della società sotto la firma da essa adottata dalle persone autorizzate all'amministrazione. *Tuttavia i creditori della società non possono pretendere il pagamento dai singoli soci prima di avere esercitata l'azione contro la società* ».

Sul significato della frase: *prima di avere esercitata l'azione contro la società*, molto si disputa, e di essa diremo in appresso. Fermiamoci ora invece sull'altra frase: *i creditori della società non possono pretendere il pagamento*, ecc.

In sostanza, il legislatore dice che l'avere esercitata l'azione contro la società, è condizione indispensabile per *pretendere il pagamento dai singoli soci*. Ora se la frase: *pretendere il pagamento*, si intende nel senso che i creditori, dopo avere esercitata l'azione contro la società, possono escutere il patrimonio dei soci, l'art. 106 non potrebbe invocarsi a favore della interpretazione da me propugnata, perchè esso verrebbe invece direttamente ad affermare che, esercitata l'azione contro la società, si può senz'altro procedere alla esecuzione sui beni dei soci. Ma non è questa la interpretazione da darsi alle parole: *pretendere il pagamento*. Sembra a me di tutta evidenza che esse invece alludano, non già alla esecuzione forzata sui beni del socio, cioè non già al conseguimento pratico ed effettivo di quanto è dovuto al creditore sociale, ma piuttosto alla *domanda* diretta ad ottenere il conseguimento di questo suo diritto, sia per volontà spontanea del creditore, sia per l'opera del magistrato. Se il legislatore avesse inteso alludere alla vera e propria escussione (esecuzione forzata) avrebbe adoperato la frase: *ottenere il pagamento*, *conseguire*

il pagamento, ecc. Invece la parola *pretendere* accenna evidentemente a qualche cosa che può essere controverso, ad un diritto che il creditore accampa, ma che ancora non si sa se gli competa sicuramente. Altro è la *pretesa* di un diritto, altro l'*esercizio effettivo* di questo. *Pretendere il pagamento* era dunque la frase più efficace che poteva adoperare la legge per significare che la domanda di pagamento non può essere presentata dal creditore sociale prima di avere esercitata l'azione contro la società. Ma se così è, se la legge ha creduto necessario di stabilire le condizioni alle quali il creditore può domandare di essere pagato dal socio, è segno che il creditore stesso non ha diritto di escutere senz'altro il patrimonio del socio, ma deve far riconoscere dal giudice le sue *pretese* e per mezzo suo ottenere che la pretesa, diventata diritto, abbia piena esecuzione. In conclusione, l'art. 106 deve intendersi nel senso che è vietato ai creditori sociali convenire davanti al giudice i soci, per ottenere da essi il soddisfacimento dei loro crediti prima di avere esercitata l'azione contro la società. Donde la conseguenza che, dopo avere esercitata questa azione, i soci debbono ancora essere convenuti in giudizio. E questo stabilisce esplicitamente l'art. 564 del codice federale svizzero: « Il singolo socio non può essere *convenuto* personalmente per un debito sociale, se non quando la società sia stata sciolta, oppure gli atti compulsivi contro di essa siano rimasti infruttuosi ». Ora, se qui si parla del modo e delle condizioni sotto le quali può introdursi il giudizio contro i soci, è chiaro che riguardo ad essi l'azione si deve cominciare *ab imis*, e non si può senz'altro ottenere sui loro beni il soddisfacimento di un credito contro la società, anche riconosciuto da una sentenza, o risultante da altro titolo esecutivo (11).

---

(11) Cfr. nel senso del testo anche la legge belga del 1873, art. 122: « Aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle des associés en nom collectif on en commandite simple et des gérants de commandite par actions, ne peut être rendu, avant qu'il y ait condamnation contre la société ». Cfr. VIVANTE, I, n. 329, p. 371: « Intanto un punto è certo, ed è che il codice volle togliere ai creditori sociali la libertà *di citare in giudizio i soci, prima di aver citato la società* ». Nello stesso senso Trib. Milano, 13 dicembre 1870, *Mon. trib. mil.*,v 1870, 219; App. Lucca, 26 febbraio 1862, *Annali*, 1872, 2, 452; BOLAFFIO, nella *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XIII (1892), p. 270; ECCIUS, *Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozesspartei* nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXII (1886) p. 5; e soprattutto cod. di comm. germ. del 1897 § 129 ult. cap. « In base a un titolo di debito esecutivo contro la società non ha luogo la esecuzione forzata contro il socio ». Contro però la prevalente giurisprudenza: App. Genova, 27 dicembre 1879, *Eco genovese*, 1880, 1, 103; App. Genova, 2 marzo 1885, *Foro ital.*, 1885, 1, 920; Cass. Torino,

172. Il creditore della società dunque non può convenire il socio per il pagamento dei debiti sociali prima di avere esercitata l'azione contro la società. Ma quale è la portata della frase: *prima di avere esercitata l'azione contro la società*? Basta perchè il voto della legge sia soddisfatto che il creditore sociale abbia istituito il giudizio contro la società debitrice? O è necessario che abbia ottenuto contro di essa condanna? O ancora bisogna che abbia inutilmente escusso il patrimonio sociale?

Che l'*esercizio dell'azione* comprenda, nel linguaggio del legislatore commerciale, tanto lo stadio di cognizione quanto quello di esecuzione, mi sembra dimostrato molto chiaramente dall'articolo 323 cod. di comm., il quale, parlando di *azione cambiaria*, accenna appunto allo stadio esecutivo: dagli art. 375 e 872 cod. di comm., i quali, parlando delle azioni che l'institore o il rappresentante di una società commerciale può esercitare, comprende evidentemente anche la parte esecutiva dell'azione, e infine dell'art. 868 cod. di comm., il quale dispone che l'esercizio delle azioni commerciali è regolato dal codice di procedura civile, salve le disposizioni contenute nel codice di comm. Ora il codice di commercio parlando anche dello stadio esecutivo dell'azione (articoli 879-905), è chiaro che esercitare l'azione, nel senso dell'articolo 868, vuol dire condurla fino alla fine, cioè fino alla completa escussione del debitore. E in questo senso deve naturalmente intendersi la stessa frase nell'art. 106 di cui attualmente ci occupiamo (12).

Nè si può opporre in contrario l'art. 847 cod. di comm., per il quale il fallimento della società produce anche il fallimento dei soci responsabili senza limitazione (13). Quest'argomento prova troppo. Infatti, interpretando l'art. 847 come vorrebbero i miei contraddittori, ne verrebbe di conseguenza che l'art. 106 dovrebbe ritenersi senza efficacia alcuna. E valga il vero. Se il solo fatto del rifiuto o cessazione

---

13 agosto 1885, *Mon. trib. mil.*, 1886, 99; Cass. Torino, 31 gennaio 1887, *Legge*, 1887, 1, 516; VIVANTE, nel *Mon. trib. mil.*, 1889, 330: « Costringendo i creditori sociali a far condannare previamente la società, si mirò ad evitare il pericolo di giudizi contraddittori, perchè la sentenza pronunziata contro l'ente sociale avrà virtù di cosa giudicata rispetto ai soci, garanti solidali delle sue obbligazioni »; SRAFFA, nel *Dir. comm.*, 1889 195.

(12) Così VIVANTE, I, n. 329 nota 94; SRAFFA, nel *Dir. comm.*, 1889, 191; COLOMBANI, nel *Mon. dei trib., mil.*, 1892, 79.

(13) App. Venezia, 20 luglio 1888, *Temi Veneto*, 1888, 481; VIVANTE, *Mon. trib. mil.*, 1889, 329.

dei pagamenti *da parte della società* bastasse per far pronunziare il fallimento del socio, senza che per questi concorrano i requisiti della cessazione, o rifiuto di pagamento, si verrebbe per mezzo dell'art. 847 ad *identificare* addirittura l'obbligazione del socio con quella della società. La società non paga; dunque il socio è in istato di fallimento. Ma se l'obbligazione della società e quella del socio sono una cosa sola, che valore avrà l'art. 106, il quale dichiara che l'obbligazione del socio non sorge se non dopo esercitata l'azione contro la società? Neanche intendendo la frase « *esercitata* l'azione » come semplice proposizione della domanda giudiziale, si può giustificare la disposizione dell'art. 847. Per l'art. 847 basta il solo fatto che la società non paghi, perchè il socio sia dichiarato fallito, e non è necessario affatto che sia stata proposta la domanda contro la società, e che il socio, richiesto del pagamento, abbia rifiutato. È quindi assai pericoloso invocare l'art. 847 per interpretare l'articolo 106.

Conciliare la disposizione dell'art. 847 con quella dell'art. 106 non è certo cosa facile. Perchè i due articoli, coordinati, vengono a dire al socio illimitatamente responsabile: tu non sei obbligato a pagare, se il creditore non ha prima esercitato l'azione contro la società (art. 106): ma, se non paghi, sarai dichiarato fallito (art. 847). L'antinomia è evidente, e risulta anche dai lavori preparatori. Mentre, a proposito dell'art. 106 — come vedemmo — fu detto ed affermato che il socio illimitatamente responsabile non è un condebitore solidale della società, a proposito dell'art. 847 è detto che il fallimento della società porta con sè il fallimento dei soci « nè può dubitarsi che ciò debba essere, se è vero che l'obbligazione *solidale* abbraccia il patrimonio sociale e tutto il patrimonio individuale dei coobbligati » (14). Per togliere di mezzo, almeno in parte, questa contraddizione (15), bisogna ammettere che, nell'ipotesi dell'art. 847, il fatto del fallimento non è correlativo ad una vera e propria obbligazione del fallito che questi avrebbe dovuto senz'altro soddisfare e non ha soddisfatto, ma piuttosto che coll'articolo in questione si

---

(14) *Atti della Commissione del* 1869, in CASTAGNOLA e GIANZANA, *Fonti e motivi*, III, p. 227.

(15) La contraddizione è dovuta probabilmente alla mancanza di coordinamento tra l'art. 847 quale fu approvato dalla commissione del 1869, e l'art. 106 che — come dicemmo — (v. n. 170) nel testo della commissione non accennava all'obbligo dei creditori sociali di rivolgersi prima alla società che ai soci, obbligo che fu introdotto in seguito alle osservazioni fatte al Senato (v. n. 170).

sia voluto stabilire una norma di rigore, destinata a spingere i soci illimitatamente responsabili a non permettere che la società sospenda o rifiuti i pagamenti (16). Certo è ad ogni modo che la disposizione dell'art. 847 rappresenta un regresso di fronte allo svolgimento storico della società in nome collettivo ed in accomandita, per il quale di fronte ai terzi il patrimonio sociale tende sempre più a staccarsi dal patrimonio individuale dei soci, e ad affermarsi la personalità giuridica della società (17).

Concludendo, il creditore della società (ente) non può invocare contro il socio la cosa giudicata rispetto alla società, e per proporre l'azione contro il socio, deve aver prima escusso il patrimonio sociale.

173. *B*) La posizione invece del socio che agisce contro la società come *tale* in forza di un diritto che gli conferiscano il contratto sociale o la legge, nella sua qualità di *socio*, è molto diversa. Di fronte a lui non esiste ente giuridico società, ma solo la collettività non personificata dei soci, i quali sono tutti rappresentati nel giudizio dal rappresentante sociale, e del giudizio devono tutti subire le conseguenze. La sentenza adunque ottenuta contro la società da un socio, nella sua qualità di socio, fa stato contro *tutti i soci*, anche non comparsi personalmente in giudizio.

Quindi, se un socio impugna la validità o la legalità di una deliberazione dell'assemblea generale, la sentenza che egli ottiene è efficace rispetto a tutti i soci. Il § 273 del nuovo codice germanico (relativo alle società anonime, ma richiamato dal § 325 n. 4 anche

---

(16) Cfr. anche SRAFFA, nel *Dir. comm.*, 1889, 193.

(17) Cfr. VIVANTE, I, n. 329, p. 370. Per la necessità della preventiva escussione del patrimonio sociale v. Cass. Torino, 31 gennaio 1887, *Legge*, 1887, 1, 156; Cass. Roma, 25 maggio 1892, *Legge*, 1892, II, 222; SRAFFA, nel *Dir. comm.*, 1889, 185; VIDARI, *Corso*, I, n. 751; MARGHIERI, nel *Comment.* di Verona, n. 269; BOLAFFIO, nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, XIII, 270; COLOMBANI, nel *Monit. dei trib. mil.*, 1892, 77; VIVANTE, I, n. 329; DEMANGEAT sur BRAVARD-VEYRIERES, *Traité de droit commercial*, Paris, 1875, II, p. 221, n. 2. Contro, App. Venezia, 26 luglio 1888, *Legge*, 1888, II, 704; ERRERA, nella *Temi veneta*, 1888, 481; VIVANTE, nel *Mon. dei trib. mil.*, 1889, 329; DELANGLE, *Dociétés*, n. 263; ALAUZET, *Commentaire du code de commerce*, Paris, 1879, 1, n. 230; LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n. 281; BRAVARD-VEYRIERES, *Traité de droit commercial, publié par* Demangeat, II, p. 221; GAREIS e FUCHSBERGER, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch*, p. 241, n. 110. Il sistema del codice germanico del 1897, però (cfr. §§ 128 e 129 ult. cap.) è quello di ritenere il socio e la società egualmente obbligati in solido, ma senza che la sentenza ottenuta contro la società faccia stato contro il socio.

per le società in accomandita per azioni), corrispondente all'art. 190-*a* del codice del 1871, modificato dalla legge 4 luglio 1884, stabilisce: « Qualora la deliberazione (dell'assemblea generale) sia dichiarata nulla con sentenza passata in giudicato, la sentenza fa stato anche pro e contro gli azionisti che non sono parte in causa » (18). È questa la soluzione adottata anche dai partigiani della personalità assoluta (19). E che così debba essere è evidente: giacchè, se fosse permesso ai soci di disconoscere lo stato di diritto che risulta dalla sentenza pronunziata dal giudice in confronto della società, si avrebbe la strana conseguenza che una deliberazione dell'assemblea, emanazione della volontà di tutti i soci, sarebbe valida rispetto ad alcuni soci, e nulla rispetto ad altri. Più splendida conferma della logicità e della praticità del sistema della personalità limitata non si poteva trovare che in questa differenza tra la posizione del creditore sociale e quella del socio (come tale) rispetto alla efficacia pei soci della sentenza pronunciata contro la società: differenza di posizione, che, come risponde ad un concetto logico, è altresì consona alle necessità pratiche dell'istituto, ed alla evoluzione storica ed economica delle società commerciali (20).

174. D'accordo tutti nel ritenere che la sentenza pronunciata contro la società, a favore di un socio, la quale porti *annullamento* delle deliberazioni dell'assemblea, faccia stato anche rispetto agli altri soci, viene da alcuno recisamente negato che costituisca *res iudicata* di fronte a tutti i soci la sentenza che *rigetta* la domanda di un socio diretta all'annullamento delle deliberazioni (21).

Questa distinzione tra sentenze favorevoli, e sentenze contrarie, la quale si fonda sulla lettera di una disposizione legislativa, e sopra pretesi inconvenienti pratici che deriverebbero dalla dottrina contraria, non mi pare risponda ad un concetto scientifico della perso-

---

(18) Cfr. Ring, *Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellscahften auf Aktien und die Aktiengesellschaften*, II, p. 466.

(19) V. ad es. Vivante, I, n. 453.

(20) V. da ultimo, App. Roma, 20 dicembre 1894, *Foro ital.*, 1895, 1, 176; App. Roma, 18 aprile 1896, *Temi romana*, 1896, 332 (nei motivi); Cass. Roma, 20 aprile 1896, *Giur. ital.*, 1896, I, 1, 174.

(21) Direzione della *Giurispr. ital.*, 1896, I, 1, 378; Vassallo, *L'azionista ribelle*, nella *Legge*, 1895, II, fasc. 1, p. 14 dell'astratto; Mori, *L'amministrazione della società anonima*, I, n. 335; Zignoni, nella *Temi genovese*, 1896, 295; Vivante, nel *Foro ital.*, 1896, I, 653.

nalità giuridica della società, nè ad una costruzione razionale della loro condizione giuridica nel giudizio civile. È vero d'altra parte che la poca precisione di concetti, in cui sono cadute alcune sentenze, è stata la causa fondamentale della imprecisione dei criteri da cui sono partiti i fautori di questa dottrina, che ritiene a un tempo efficace e non efficace contro i soci la sentenza pronunciata contro la società circa la validità delle deliberazioni dell'assemblea generale. Spesse volte infatti dalla giurisprudenza è stato assunto come motivo del decidere nel senso che la sentenza con cui si rigetta la domanda di un socio diretta all'annullamento di una deliberazione dell'assemblea, fa stato contro tutti i soci, la considerazione, che il socio, il quale per il primo ha proposto l'azione, rappresenta tutti gli altri soci dissidenti. Ora questo concetto è assolutamente inesatto. È inesatto di fronte ai principi della logica giuridica, perchè nessun vincolo può legare i soci dissidenti al socio, che per il primo ha esperimentata l'azione, se non il fatto di essere dissidenti. Ora, dato pure (e non concesso), che tal fatto possa bastare a creare nel socio attore un mandato presunto da parte degli altri soci, certo è che non si può dire che un socio sia dissidente, se non si presenta in giudizio ad impugnare la validità della deliberazione: prima di allora non si sa ancora quali soci siano dissidenti, e quali no. Infatti, quelli che nell'assemblea votarono contro la deliberazione, non possono dirsi dissidenti se non quando propongono l'azione; prima di allora possono acquietarsi al fatto compiuto e non valersi del diritto che la legge loro accorda; quelli che votarono a favore, possono mutare opinione e divenire dissidenti, perchè l'art. 163 cod. di comm. concede il diritto di fare opposizione ad *ogni socio*, senza tener conto dell'opinione da lui manifestata in seno all'assemblea (22); e infine quelli, che non assistettero alla riunione non possono dirsi nè assenzienti, nè dissenzienti, perchè non ebbero occasione di esprimere il loro parere. Quindi socio dissidente è solo colui, che agisce in giudizio per l'annullamento della deliberazione; ed egli perciò non rappresenta che sè stesso. Inoltre il concetto, che qui combattiamo, è anche inesatto di fronte alle disposizioni della legge positiva. L'art. 163 infatti cod. di comm. dispone, che alle deliberazioni dell'assemblea, manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto o alla legge, può essere fatta opposizione da *ogni socio*; il diritto di

---

(22) V. in proposito Zignoni, nella *Temi genovese*, 1896, 297.

ogni socio è perciò un diritto individuale, che egli esercita per sè solo, e non in rappresentanza di altri.

175. Questo concetto pertanto della rappresentanza dei soci dissidenti da parte del socio che impugna per primo le deliberazioni, non può sostenersi (23). Altra è la base quindi da darsi alla teorica che ritiene in tutti i casi, rispetto ai soci, efficace la sentenza pronunciata contro la società nel giudizio d'impugnazione di una deliberazione dell'assemblea generale. Questa base è precisamente la rappresentanza di tutti i soci *non dissidenti* (cioè che non hanno proposto l'opposizione) da parte dei rappresentanti della società. Questa teorica è l'unica che risponda ad una costruzione scientifica del modo con cui le società compariscono in giudizio, posta in relazione al carattere della personalità giuridica nelle società medesime. Di fronte ai soci, come tali, non esiste che il contratto sociale. Quindi, da una parte la collettività, rappresentata dai rappresentanti sociali, dall'altra il socio singolo che insorge contro la collettività. Questa è di fronte alla logica la condizione dei soci, nè si può ammettere la esistenza di una categoria di soci che, mentre non insorgono in giudizio contro la volontà sociale manifestata nella deliberazione dell'assemblea, d'altra parte non sono neppure rappresentati dai rappresentanti della società, perchè sono *futuri dissidenti*, *hanno in animo* di oppugnare le deliberazioni dell'assemblea. Sentiamo che cosa dice a questo proposito il VASSALLO, che ciò appunto sostiene. « Ma i legittimi rappresentanti della società convenuta, coll'assumere in giudizio la difesa della società, e nel respingere gli attacchi mossi contro le deliberazioni sociali, agiscono nel nome dei soci che sostengono la validità ed efficacia della deliberazione della società, e contro questa non insorgono e non insorgeranno mai: dei soli soci, insomma, che non hanno in cuore la ribellione, e sono e rimarranno fedeli alla bandiera dei rappresentanti della società... I legittimi rappresentanti della società convenuta non rappresentano invece quegli azionisti, che, in base all'art. 163 cod. di comm., vorranno e potranno opporsi alle deliberazioni della società, che reputano manifestamente contrario all'atto costitutivo allo statuto e alla legge, perchè tali soci fanno valere un diritto individuale e singolare che non può essere pregiudicato da alcuno,

---

(23) V. nel senso del testo, VIVANTE, *Foro ital.*, 1896, I, 653; RISSETTI, *Foro ital.*, 1896, I, 842.

ed un'azione del tutto opposta a quelle che fanno valere i rappresentanti della società; non rappresentano insomma quegli azionisti che hanno in cuore la ribellione, e prima o poi si ribelleranno insorgendo a nuova guerra contro la società » (24).

In questo lungo ragionamento, l'imprecisione tocca il colmo. Si dice che i rappresentanti della società rappresentano i soli soci *che sono e rimarranno fedeli alla bandiera dei rappresentanti della società*, e non di quei soci *che hanno in cuore la ribellione*. Ma chi siano gli uni e gli altri il Vassallo non dice, e non lo potrebbe dire, perchè *tutti i soci* si debbono presumere assenzienti fino a che non abbiano proposto l'azione, come del resto *tutti* possono avere in animo di valersi di quel diritto che l'art. 163 cod. di comm. concede a tutti i soci indistintamente. Non è possibile dunque stabilire quali sono i soci rappresentati in giudizio dai rappresentanti della società, e quali i non rappresentati, appellandosi alle convenzioni ed alle intenzioni intime, che non hanno riscontro in atti esterni, i soli, di cui possa tener conto il diritto. Perchè, partendo da questo pericoloso criterio, si potrebbe giungere alla conseguenza di avere rappresentanti della società, cioè (in questo caso) della collettività dei soci, che lottano giudiziariamente contro tutta la collettività dei soci. La sentenza adunque pronunziata in confronto dei rappresentanti della società, deve dirsi pronunziata in confronto di tutti i soci non dissidenti, e quindi, rispetto ad essi tutti, deve formare cosa giudicata.

176. Le obiezioni non reggono. Non si tratta infatti — come crede il Mori — di porre limiti al diritto di impugnativa riconosciuto ad ogni socio, nè di estendere un'eccezione alla regola sull'autorità della cosa giudicata (25). Si tratta invece di far rispettare l'autorità della cosa giudicata di fronte a tutti coloro che furono rappresentati in causa dai legittimi rappresentanti della società. Si invocano anche possibili collusioni tra gli amministratori e qualche azionista, diretti allo scopo di far facilmente (mediante accordo fra le parti) passare in cosa giudicata qualche comoda deliberazione dell'assemblea, per poi poter proporre, dopo la facile vittoria, l'eccezione di cosa giudicata, avverso quei soci che realmente avessero intenzione di far valere i loro diritti. Ma questi timori sono esagerati. Anzitutto è da riflettere che per darsi cosa giudicata, è necessaria

(24) Vassallo, *op. cit.*, n. 5, pp. 11-12 dell'estratto.

(25) Mori, *L'amministrazione della società anonima*, I, n. 335.

non solo l'*eadem persona*, e l'*eadem res*, ma anche l'*eadem causa*, onde il compiacente azionista dovrebbe bene, per ottenere il suo intento, proporre davanti al magistrato tutte le cause di nullità che potrebbero poi essere opposte dagli altri soci di buona fede, affine di creare contro di essi, da tutte le parti, la *res iudicata*. Ora non è supponibile che il magistrato, a cui si pongono davanti tutti i motivi di nullità di una deliberazione, per quanto male esposti e mal sostenuti, non ne comprenda il valore, se realmente sono fondati. Ad ogni modo, sarebbe a un grave rischio che si esporrebbero gli amministratori, quello cioè di far senz'altro annullare una deliberazione, per la cui validità futura essi erano tanto in timore Del resto, non è conforme al vero questo rappresentarsi gli amministratori come perpetui e compiacenti compari e manipolatori delle maggioranze delle assemblee. Invece, anche il caso contrario si dà non di rado: quello cioè di amministratori che insorgono anch'essi contro le deliberazioni dell'assemblea (26). Nè la lettera della legge è contraria alla nostra interpretazione. La deliberazione dell'assemblea può essere impugnata da *ogni socio*, e sta bene, ma sempre entro i limiti che la legge impone ad ogni azione: e qui all'azione del socio si oppone l'ostacolo insuperabile della *res iudicata*. La regola scritta nell'art. 1351 cod. civ. è così generale che non c'è davvero bisogno, per applicarla, che il legislatore la ripeta ad ogni disposizione in cui disciplina l'azione derivante da un qualche diritto. S'intende bene: salvo, sempre l'eccezione di cosa giudicata. L'espressione da *ogni socio* si riferisce piuttosto a ciò che la legge non fa distinzione tra socio che ha assentito o non ha assentito alla deliberazione, tra socio presente ed assente, perchè ha voluto il più largamente possibile dar modo di ristabilire l'impero del diritto violato dalla deliberazione dell'assemblea.

177. Con ciò non voglio dire che, nel sistema qui propugnato, non si dia luogo ad inconvenienti, che il legislatore avrebbe potuto facilmente evitare, prefiggendo un termine breve per l'opposizione, ed ordinando la riunione di tutte le cause riguardanti tale opposizione; ma altri, e non meno gravi inconvenienti deriverebbero dalla dottrina contraria (27). Fino al decorrimento della prescrizione, si

---

(26) Cfr. VIVANTE, I, n. 452.

(27) Gli inconvenienti e le incertezze a cui può dar luogo il sistema della legge italiana, sono evitate dal legislatore germanico, il quale stabilì molto opportunamente che l'azione per annullamento spetta solo: *a*) agli azionisti intervenuti e dissenzienti;

vedrebbe il poco edificante spettacolo di azionisti che, uno dopo l'altro, si farebbero ad impugnare la stessa deliberazione, tentando, per forza di cavilli, di ottenere quello che i loro men fortunati predecessori non avevano potuto per la forza del diritto, e si vedrebbe altresì una deliberazione, già dichiarata legale dal magistrato, messa sempre di nuovo in discussione e soggetta ad essere sospesa ed annullata, dopo avere anche del tutto avuto esecuzione (28). Tutto ciò dimostra soltanto che ogni sistema ha i suoi inconvenienti, ai quali si deve cercare di porre riparo, senza forzare la legge, recando eccezioni, non da esso sancite, ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Del resto, la inconseguenza della dottrina che ritiene l'efficacia della sentenza pronunciata in confronto della società, rispetto ai soci, solo nel caso in cui la domanda di annullamento sia accolta, risulta dai motivi stessi che inducono i partigiani di questa teoria ad abbracciare, in tal caso, l'opinione affermativa. Essi dicono che, data l'ipotesi della sentenza favorevole al socio dissidente, la opposizione che venisse instaurata da un altro socio dovrebbe essere respinta, non per mancanza di veste nello instaurante, bensì per mancanza di interesse, condizione essenziale di ogni domanda, giacchè verrebbe eccepito il *frustra petis quod intus non habes* (29). Ma non si accorgono in tal modo che essi fanno una sola (e la più inverosimile) delle ipotesi le quali possono darsi: che cioè, dopo dichiarato l'annullamento, venga un altro socio a dimandarlo di nuovo. Ma, e nel caso invece in cui quest'altro socio voglia far valere la piena validità della deliberazione, allegando che la sentenza già pronunziata è *res inter alios* e non lo riguarda? Dovrebbe dirsi allora che la deliberazione è valida per alcuni e nulla per altri? L'unico criterio dunque da cui si possa partire per giungere a risultati apprezzabili è quello, già ripetuto, che fra i soci non essendovi personalità, i rappresentanti della società sono i rappresentanti della collettività dei soci, e quindi di tutti i non dissidenti: e perciò di fronte a tutti deve dirsi che la sentenza pronunciata costituisce *res iudicata*, senza alcuna distinzione, od eccezione (30).

---

b) ai non intervenuti; *c*) alla direzione (come collegio); *d*) e, in determinati casi, ai membri della direzione e del consiglio di sorveglianza (§ 271 del Codl di comm. del 1897, art. 190 e 222 del codice cessato). V. anche GAREIS e FUCHSBERGER, pp. 363, 503.

(28) V. in proposito le buone osservazioni del RISSETTI, *Foro ital.*, 1896, I, 343.

(29) Cfr. la d'altronde ottima nota della Dir. della *Giurispr. ital.*, 1896, I, 1, 378.

(30) V. conforme al testo: Cass. Roma, 20 aprile 1896, *Giurispr. ital.*, 1896, I,

178. Le società irregolari non costituendo persone giuridiche, la sentenza ottenuta contro di esse fa stato anche contro tutti i soci, i quali sono le parti intervenute, o direttamente, o a mezzo di rappresentanti, nel giudizio avvenuto. Ora, se la società, da semplice contratto, diventa persona giuridica, mediante la legale costituzione, la sentenza ottenuta prima di questa, non farà certamente stato contro la persona giuridica società, e il creditore sociale che l'ha ottenuta non potrà agire sul patrimonio sociale ad esclusione dei creditori particolari dei soci, contro i quali soltanto la sentenza è efficace (31).

§ 2. – *L'opposizione del terzo, come mezzo per impugnare la sentenza.*

Sommario: 179. Sentenze pronunciate nelle cause tra società e i soci come tali, per rapporti sociali. — 180. Sentenze pronunciate nelle cause tra società e terzi, per rapporti esterni, non sociali.

179. Perchè possa darsi opposizione di terzo, due condizioni sono necessarie, per il nostro diritto positivo e cioè: 1) che l'opponente sia terzo, cioè non abbia figurato nè direttamente, nè indirettamente per mezzo di rappresentante nel giudizio, nel quale fu pronunziata la sentenza impugnata; 2) che questa sentenza abbia recato un pregiudizio ai suoi diritti (art. 510 cod. proc. civ). (1).

a) Data la prima condizione, s'intende agevolmente che un socio non potrà proporre opposizione di terzo contro la sentenza pronunciata in confronto della società, nei giudizi promossi da un altro socio o contro un altro socio come tale (in forza di un rapporto sociale). Infatti vedemmo come tutti i soci, i quali, nei giudizi tra società e soci per rapporti sociali, non si pongono in lotta colla società, devono riputarsi membri della collettività e quindi rappresentati nel giudizio dai rappresentanti sociali. Ad essi dunque non si può in alcun modo attribuire la qualità di terzo e neppure il diritto

---

1, 374; App. Perugia, 28 dicembre 1896, *Foro ital.*, 1897, 1, 245, e l'ottima nota del Rissetti, *Foro ital.*, 1896, 1, 841 ss. che rimette bene a posto la questione, nei termini che abbiamo veduto vonformi a tutto il sistema adottato dalla nostra legge riguardo alla personalità giuridica delle società commerciali. Contro App. Roma, 20 ottobre 1894, *Temi gen.*, 1894, 695; App. Roma, 22 dicembre 1894, *Temi genovese*, 1895, 251; Cass. francese, 25 febbraio 1881, *Dalloz pér.*, 1881, 1, 253.

(1) Galluppi, *Teoria dell'opposizione del terzo*, Torino, 1894, n. 87.

di impugnare colla opposizione di terzo la sentenza pronunciata in confronto della società. Se infatti il socio vuole insorgere contro il giudicato per sostenere le ragioni della società, non lo può, perchè non è lecito concedere alla collettività dei soci già soccombente in giudizio, di ottenere la rinnovazione, cambiando rappresentanza. Se invece il socio vuole opporsi al giudicato favorevole alla società, egli potrà bene intervenire nel giudizio di primo grado; ma, pronunziata la sentenza, questo fa stato anche rispetto a lui (v. n. 173) e contro di essa non può proporre opposizione di terzo (2).

Il DALLOZ, ed il GALLUPPI sostengono che nell'ipotesi di una controversia della società con un socio, gli altri soci, che non figurano espressamente nel giudizio, possono *sempre* impugnare con l'opposizione del terzo la sentenza che in quel giudizio fu pronunziata. Dice il GALUPPI: « Così supponiamo che uno dei soci abbia domandato lo scioglimento della società in contraddittorio col gerente, e che la sentenza abbia accolto tale domanda dichiarando risoluta la società; non v'ha dubbio che gli altri soci, i quali non figurano come parti in quel giudizio, possano impugnare quella sentenza colla opposizione del terzo, poichè essi non furono certo rappresentati in giudizio dal gerente della società, che si figurò come convenuto » (3). Invece appunto il contrario è vero. Se i gerenti hanno avuto, nello statuto o in altro modo, facoltà di rappresentare la società in giudizio, ne segue che i soci sono tutti rappresentati nel giudizio dai gerenti della società, e lo sono per la semplice ragione che essi li riconobbero come tali nel contratto sociale, e nell'atto di nomina. E si noti che il GALLUPPI generalizza la tesi anche alle società civili, nelle quali la mancanza di personalità (ammessa universalmente nel nostro diritto) rende evidente la rappresentanza dei soci da parte dei gerenti. E se così non fosse, chi rappresenterebbero i gerenti? L'ente società no, perchè non esiste: i singoli soci neppure. Avremmo dunque un mandatario senza mandante. E non si dica che il gerente rappresenta se stesso, perchè egli può essere anche non socio, ed allora, senza la rappresentanza, mancherebbe in lui qualunque veste giuridica a stare in giudizio. Sempre sta adunque che il socio non può impu-

---

(2) È da respingersi perciò, coerentemente del resto a quanto fu detto ai n. 174 ss., l'opinione del VASSALLO, *L'azionista ribelle*, pp. 15-16 dell'estratto ,che i soci possono fare opposizione di terzo contro la sentenza che dichiari la *validità* di una deliberazione dell'assemblea, e non lo possono contro la sentenza che ne dichiari la *nullità*.

(3) GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione del terzo*, n. 100.

gnare colla opposizione del terzo la sentenza pronunziata nella lite vertente tra la società ed un singolo socio come tale (4).

180. *b*) Nei giudizi invece vertenti tra la società ed un terzo (per rapporti esterni, non sociali), il socio è alla volta un vero terzo, perchè la società in quelli figura come persona giuridica. In tal caso concorrerebbe senz'altro la prima delle condizioni richieste perchè possa proporsi l'opposizione di terzo. Che poi concorre anche la seconda, non v'ha dubbio. L'art. 510 cod. proc. civ. richiede il *pregiudizio al diritto* dell'opponente non in quanto la sentenza intervenuta *inter alios* possa nuocere al diritto di un terzo, nel senso prettamente giuridico, possa cioè togliere o diminuire la *facultas agendi* di un terzo. Il pregiudizio di cui si tratta, può essere recato al diritto considerato nel *suo esercizio*, nella sua estrinsecazione pratica: si capisce bene come anche restando integro il diritto, l'esercizio di esso possa essere ristretto, ed anche ridotto a zero. Così è appunto nelle società commerciali. I soci hanno diritto agli utili; ma, se per effetto di una sentenza pronunciata contro la società, gli utili vengono a mancare, è chiaro il pregiudizio che ne deriva al socio, e quindi evidente il diritto di impugnare la sentenza colla opposizione di terzo (5).

---

(4) App. Genova, 27 luglio 1875, *Legge*, 1876, I, 857; App. Roma, 41 dicembre 1894, *Giur. ital.*, 1895, I, 2, 90; Cass. Roma, 20 aprile 1896, *Foro ital.*, 1896, 1, 653.

(5) Contro App. Genova, 11 giugno 1875, *Legge*, 1875, 1, 913; GALLUPPI, n. 109. Per le altre persone giuridiche (Provincie, Comuni) è una *quaestio facti* da decidere volta per volta il vedere se il pregiudizio al diritto concorre.

Capitolo Quarto

I PROCEDIMENTI SPECIALI

§ 1. – *Il procedimento in camera di consiglio per la trascrizione ed affissione dello statuto ed atto costitutivo delle società in accomandita per azioni ed anonime.*

Sommario: 181. Compito del tribunale nell'esame dello statuto e dell'atto costitutivo. — 182. Il P. M. non può reclamare contro il provvedimento emesso dal tribunale, ma deve iniziare un regolare giudizio col contraddittorio degli interessati. — 183. Termini entro cui può essere promossa questa azione.

181. Speciale importanza assume il procedimento in camera di consiglio riguardo alle società commerciali, per ciò che concerne il provvedimento del tribunale che ordina la trascrizione ed affissione dello statuto e dell'atto costitutivo delle società in accomandita per azioni ed anonime.

Tolto di mezzo il sistema della autorizzazione preventiva da parte dello Stato, la nuova legislazione commerciale vi sostituì un ampio sistema di pubblicità, e vi aggiunse, a maggior garanzia, l'obbligo, prima di procedere alla trascrizione ed affissione dello statuto e dell'atto costitutivo, di un esame preventivo da parte del tribunale del luogo dove è stabilita la sede della società (art. 91 cod. di comm.). Nessun atto costitutivo quindi e nessuno statuto di società in accomandita per azioni e anonima, può essere ricevuto e trascritto, se non sia contemporaneamente presentato il provvedimento del tribunale che ordina la trascrizione (art. 9 del Regolamento 27 dicembre 1882 per la esecuzione del codice di commercio).

Il provvedimento è preso in camera di consiglio, coll'intervento del pubblico ministero (art. 91 cap. 1 cod. di comm.).

Quale sia il compito del tribunale nell'emanare il provvedimento è detto chiaramente dalla legge, e risulta ad evidenza dai lavori preparatori: esso deve — dice l'art. 91 — limitarsi a verificare l'*adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la legale costitu-*

zione della società. « La deliberazione del Tribunale di commercio (1) — aggiunge la *Relazione* MANCINI — restringendosi ad una semplice verificazione esterna dell'adempimento delle prescritte formalità e non implicando alcun arbitrio nell'apprezzamento intorno alle persone o all'oggetto della società, purchè sia lecito e non vietato dalle leggi, nulla ha di comune coll'autorizzazione che solevasi concedere discrezionalmente dal governo » (2). Esclusa quindi ogni indagine di carattere tecnico od economico, il tribunale deve limitarsi ad esaminare, se la società la quale si presenta con nome di società in accomandita per azioni od anonima, riveste realmente, secondo le disposizioni dello statuto e dell'atto costitutivo, un tale carattere. Indagine preliminare e necessaria, anzi implicita, perchè, prima di provvedere alle trascrizioni di uno statuto di società in accomandita per azioni o anonima, è naturale che il tribunale veda se di società in accomandita per azioni o anonime realmente si tratti. Deve inoltre il tribunale esaminare se siano state osservate le norme prescritte dal codice per la legale costituzione della società, e per il suo esercizio; infine se lo statuto contenga norme contrarie all'ordine pubblico, o all'indole speciale della società. Ogni altra indagine si deve ritenere vietata (3).

Il tribunale non ha altro compito che di ordinare la trascrizione ed affissione dello statuto, ma non può ordinare la trascrizione modificandolo, e meno ancora sotto condizione che vi siano recati certi cambiamenti. « Il tribunale che approva — dice egregiamente il VIVANTE — sia pure sotto condizione, un atto costitutivo illegale, non verifica l'osservanza della legge, verifica la sua inosservanza, e quindi non può ordinare la registrazione » (4).

182. Contro il provvedimento del tribunale che ordina la trascrizione ed affissione, è ammesso il reclamo del pubblico ministero

---

(1) In seguito il testo dell'art. 91 fu mutato nel senso che il provvedimento doveva essere emanato dal tribunale civile.

(2) Relazione MANCINI, p. 268. Vedi anche CASTAGNOLA e GIANZANA, *Fonti e motivi*, I, p. 364.

(3) In questo senso concordi la dottrina e la giurisprudenza. V. da ultimo, App. Venezia, 7 giugno 1895, *Temi Veneta*, 1895k 565; VIVANTE, I, n. 386 ss.; VIDARI, *Corso*, I, n. 801; MARGHIERI, nel *Commentario* di Verona, n. 194; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, VI, p. 379; e lo scritto anonimo pubblicato nel *Monit. dei trib. mil.*, 1887, 49 ss.

(4) VIVANTE, I, n. 388. Conforme GIORGI, *op. cit.*, *loc. cit.*

alla Corte di Appello? Posta la questione in questi termini, la risposta non mi sembra dubbio che dovrebbe essere negativa. Infatti, il provvedimento del tribunale, essendo preso in camera di consiglio coll'intervento del pubblico ministero, va sottoposto alle disposizioni dell'art. 778 e segg. cod. proc. civ., che riflettono appunto il procedimento in camera di consiglio. Il procedimento relativo è un vero e proprio procedimento in camera di consiglio e non un procedimento d'uffizio. Nè in favore della tesi, che costituisca invece un procedimento d'uffizio, si può argomentare dalla disposizione dell'art. 91 cod. di comm., il quale impone agli amministratori ed al notaio il deposito dei documenti in cancelleria, e neppure dalla disposizione dell'art. 52 del regolamento per l'esecuzione del codice, il quale prescrive che gli interessati ed il notaro debbono curare la trasmissione al Ministero del Commercio degli atti da pubblicarsi. La cooperazione del notaro non può produrre l'effetto di trasformare il procedimento in procedimento d'uffizio, perchè la sua mancanza produrrebbe il solo effetto di rendere responsabile disciplinarmente il notaro come pubblico ufficiale, ma non autorizzerebbe certo il P.M. a provocare d'uffizio il provvedimento del tribunale. Anzi — come dice la Cassazione di Napoli nella sentenza 5 maggio 1887 — « mancherebbe di scopo qualunque riassunzione che si facesse d'uffizio, invece delle parti interessate, dappoichè, essendo quelle operazioni ordinate dalla legge per la costituzione dell'ente commerciale, non vi sarebbe ragione alcuna di ufficio per obbligare ad esistere chi non volesse » (5).

Ora, non potendo il provvedimento dell'art. 91 cod. di comm., essere provocato da una istanza del P. M., è chiaro che questi vi figura non già come parte principale, ma soltanto per dare il suo parere. E quindi, non essendo parte, manca in lui la veste per reclamare contro il provvedimento (6). Del resto, se così non fosse, si giungerebbe alla conseguenza che una domanda, prima accolta, potrebbe essere respinta in seguito all'insaputa della parte interessata.

---

(5) Cass. Napoli, 5 maggio 1887, *Foo ital.*, 1887, 1, 541.

(6) Giurisprudenza prevalente: Cass. Firenze, 10 settembre 1887, *Foro ital.*, 1887, 1, 207 (nei motivi); Cass. Napoli, 5 marzo 1887, *Foro ital.*, 1887, 1, 539; App. Trani, 28 luglio 1886, *Foro ital.*, 1887, 1, 188; Cass. Firenze, 29 novembre 1894, *Foro ital.*, 1895, 1, 150; Cass. Roma, 14 luglio 1896, *Temi genovese*, 1896, 550; App. Catania, 20 dicembre 1895, *Giur. cat.*, 1896, 1896, 18; VIVANTE, I, n. 389; RODINO, nella *Giur. ital.*, 1894, I, 1, 478; GIORGI, *La dottrina delle persone giur.*, VI, p. 380. Contro Cass. Roma, 15 dicembre 1890, *Foro ital.*, 1891, 1, 430; App. Venezia, 2 aprile 1894, *Giur. ital.*, 1894, I, 1, 478.

Ma se il P. M. non può impugnare in appello il provvedimento preso dal tribunale in camera di consiglio, ben può invece in forza della generale facoltà a lui direttamente spettante in forza dell'art. 139 del regolamento generale giudiziario, e nell'interesse pubblico a cui è legata la osservanza dei requisiti di forma richiesti dalla legge per la regolare costituzione delle società commerciali (7), chiedere in via ordinaria, col regolare contraddittorio degli interessati, l'annullamento del primo provvedimento del tribunale. Il relativo giudizio deve essere proposto davanti allo stesso tribunale, ma in via contenziosa, e non già di volontaria giurisdizione (8).

183. Un ultimo dubbio può sorgere intorno al termine, entro il quale il P. M. deve promuovere l'azione di cui è si parlato. Nella giurisprudenza si è fatta questione se l'indole dell'azione diretta concessa al P. M. dall'art. 130 del regolamento generale giudiziario fosse civile oppure commerciale, per stabilire poi se la sua istanza diretta all'annullamento del provvedimento del tribunale dovesse essere proposta entro il trentesimo o entro il sessantesimo giorno, a termini dell'art. 485 cod. proc. civ. (9). Ma la disputa, a mio parere, non ha ragione di esistere su questo terreno. La natura civile o commerciale dell'azione non influisce affatto sul termine entro il quale il P. M. può proporre la sua domanda di annullamento, per la sola ragione che qui non si tratta affatto di un appello che si interpone contro una decisione del tribunale, ma di una azione diretta che il P. M. esercita *ex novo*, in forza dell'art. 139 del citato regolamento. Nessun limite di tempo dovrà dunque porsi al suo esercizio anche per la considerazione che la violazione di una legge d'ordine pubblico deve poter sempre essere rilevata dal P. M. e che la illegalità non può essere sanata solo perchè antica e permanente (10).

---

(7) GLORIA, nella *Riv. di giurispr. di Trani*, 1887, 230 ss.

(8) VIVANTE, *op. cit.*, *loc. cit.*; GIORGI, *op. cit.*, *loc. cit.*; RODINO, *op. cit.*, *loc. cit.* e la giurisprudenza citata alla nota 6.

(9) Per la natura civile: Cass. Torino, 31 dicembre 1894, *Foro ital.*, 1895, I, 706. Per la natura commerciale, App. Casale, 17 aprile 1895, *Foro ital.*, 1895, I, 994.

(10) Cass. Firenze, 29 novembre 1894, *Foro ital.*, 1895, I, 151 e 152; VIVANTE, I, n. 389.

§ 2. – *Altri procedimenti speciali.*

SOMMARIO: 184. Il sequestro. — 185. L'esecuzione degli atti e delle sentenze straniere.

184. *Sequestro* — Il sequestro, sia giudiziario che conservativo, può essere domandato: da un socio, dal creditore particolare di un socio, o da un creditore sociale. Riguardo al sequestro domandato da un creditore sociale, *nulla quaestio*: i dubbi sorgono invece quando esso è domandato da un socio, o dal creditore particolare di un socio.

Il socio come tale può domandare certamente tanto il sequestro giudiziario che quello conservativo sui beni della società. Può domandare il sequestro giudiziario, a norma dell'art. 1875 cod. civ., perchè sappiamo che nei rapporti interni i soci sono comproprietari del patrimonio sociale, e perciò quando vi sia controversia sulla proprietà o sul possesso dei beni che lo costituiscono, è il caso appunto di applicare il n. 1 dell'articolo citato (1). Può anche domandare il sequestro conservativo, per i crediti che egli abbia verso la società, sia dipendenti da utili non pagati, che da altre cause (art. 924 cod. proc. civ.).

Quanto ai creditori particolari dei soci, vedemmo già come di fronte ad essi si afferma la personalità giuridica della società, proprietaria esclusiva del patrimonio sociale. Di conseguenza, essi non potranno sequestrare le cose appartenenti alla società, e neppure i crediti di questa, perchè nè le une, nè gli altri sono loro debitori (2). Potranno solo sequestrare le cose e i crediti appartenenti al loro debitore reale, il socio, e quindi anche gli utili futuri e la quota che potrà spettargli nella liquidazione (3). Il patto contrario inserito nello statuto per il quale fossero dichiarati insequestrabili i divi-

---

(1) V. nel senso del testo, Cass. Roma, 25 aprile 1887, *Annali*, 1887, 1, 202; App. Genova, 4 novembre 1893, *Foro ital.*, 1894, 1, 287. Contro la giurispr. più antica: App. Lucca, 4 marzo 1870, *Ann.* 1870, 2, 81; App. Casale, 5 febbraio 1881, *Giur. casalese*, 1881, 142.

(2) App. Genova, 1º maggio 1877, *Eco*, 1887, 302; App. Catania, 8 novembre 1878, *Giur. catanese*, 1878, 188.

(3) Cod. di comm. art. 85; App. Genova, 27 dicembre 1888, *Legge*, 1859, II, 492; MARGHIERI, *Commento*, n. 162, 163.

dendi dovuti ai soci, sarà nullo rispetto ai terzi, non intervenuti nel contratto, i quali possono considerarlo come *res inter alios* (4).

185. *Esecuzione degli atti e delle sentenze straniere.* — Essendo le regole riguardanti la competenza essenzialmente d'ordine pubblico, e stabilendo l'art. 846 cod. di comm. che il fallimento di una società commerciale è pronunciato dal tribunale del luogo ove la società ha la sua sede, è evidente che non potrà essere data forza esecutiva alla sentenza straniera che dichiara il fallimento di una società che in Italia ha la sua sede anche nel caso in cui fu costituita all'estero, (art. 230 cod. di comm.) (5).

CONCLUSIONE

186. Siamo così giunti alla fine della nostra trattazione, in cui studiata la questione fondamentale della personalità giuridica delle società di commercio, abbiamo cercato di desumerne un sistema scientifico, nel quale fosse convenientemente posta in luce la condizione giuridica dell'ente società, dei soci come tali e dei terzi nei giudizi sociali. Abbiamo veduto così quale intimo nesso organico leghi tutte le questioni che sul grave argomento si possono presentare, a quella fondamentale della personalità giuridica. Ed è solo in questo modo che le numerose ed importantissime questioni riguardanti i giudizi delle società commerciali, studiate di solito isolatamente, in trattazioni frammentarie ed inorganiche, possono dar vita a un organismo scientifico che io spero rispondente alle esigenze della scienza ed ai bisogni della pratica. La personalità giuridica, la rappresentanza in giudizio, la citazione, l'intervento in causa, le prove, l'efficacia del giudicato, i mezzi per impugnarlo, sono tutti argomenti che nelle società commerciali non si possono studiare isolatamente, perchè intimamente connessi e dipendenti l'uno dall'altro. E nello studiarli ho badato non solo a desumere logicamente dai principi fondamentali dal mio sistema tutte le altre norme particolari riguardanti i giudizi delle società di commercio, ma ho

---

(4) App. Genova, 4 novembre 1893, *Temi genovese*, 1893, 715.

(5) App. Milano, 30 novembre 1883, *Mon. trib. mil.*, 1883, 38 .

cercato altresì di porre in luce le singole parti del sistema, per mostrare come, anche per altra via, un esame accurato della legge, della dottrina o della giurisprudenza, nonchè dei principi razionali regolanti ogni singolo istituto, debba condurre alle identiche conclusioni. Talchè le singole norme costituiscono a un tempo una conseguenza e una conferma del principio della *personalità limitata*. Il quale (concludo come ho cominciato) è l'unico che risponda al sistema della legge vigente e riesca a conciliare l'idea di persona giuridica colla esistenza del contratto sociale, che di quella, innegabilmente, costituisce il sostrato e la base.

INDICE ANALITICO

INDICE SISTEMATICO